THÈSE DE
POITIERS.
1889
N°. 10

FACULTÉ DE DROIT DE POITIERS

DE LA

VENDITIO BONORUM

EN DROIT ROMAIN

DE LA

SURENCHÈRE

EN DROIT FRANÇAIS

THÈSE POUR LE DOCTORAT

PRÉSENTÉE A LA FACULTÉ DE DROIT DE POITIERS

PAR

GUSTAVE PINTA

AVOUÉ DE PREMIÈRE INSTANCE

ISSOUDUN
IMPRIMERIE TYP. ET LITH. A. GAIGNAULT
16, RUE MARMOUSE, 16

1889

THÈSE

POUR LE DOCTORAT

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41547325_0039

FACULTÉ DE DROIT DE POITIERS

DE LA

VENDITIO BONORUM

EN DROIT ROMAIN

DE LA

SURENCHÈRE

EN DROIT FRANÇAIS

THÈSE POUR LE DOCTORAT

PRÉSENTÉE A LA FACULTÉ DE DROIT DE POITIERS

PAR

GUSTAVE PINTA

AVOUÉ DE PREMIÈRE INSTANCE

L'acte public sur les matières ci-dessus sera soutenu

le vendredi 1er Mars 1889, à 3 heures du soir

DANS LA SALLE DES ACTES PUBLICS DE LA FACULTÉ

ISSOUDUN

IMPRIMERIE TYP. ET LITH. A. GAIGNAULT

16, RUE MARMOUSE, 16

1889

FACULTÉ DE DROIT DE POITIERS

MM. THÉZARD (I ❦), *Doyen, professeur de Code civil.*

DUCROCQ (✻, I ❦), *Doyen honoraire, professeur honoraire, correspondant de l'Institut.*

ARNAULT DE LA MÉNARDIÈRE (I ❦), *professeur de Code civil.*

LE COURTOIS (I ❦), *professeur de Code civil.*

NORMAND (A ❦), *professeur de Droit criminel.*

PARENTEAU-DUBEUGNON (A ❦), *professeur de Procédure civile.*

ARTHUYS (A ❦), *professeur de Droit commercial.*

BONNET (A ❦), *professeur de Droit romain.*

PETIT (A ❦), *professeur de Droit romain.*

BARILLEAU (A ❦), *professeur de Droit administratif.*

BRISSONNET (A ❦), *professeur-adjoint, chargé du cours d'Economie politique.*

SURVILLE, *agrégé, chargé du cours de Droit international privé.*

DIDIER, *agrégé, chargé du cours d'histoire générale du Droit français.*

COULON (I ❦), *secrétaire.*

COMMISSION :

PRÉSIDENT : M. ARNAULT DE LA MÉNARDIÈRE, professeur.

SUFFRAGANTS : M. THÉZARD, M. DUBEUGNON, M. BONNET, Professeurs.

DROIT ROMAIN

DE LA VENDITIO BONORUM

Dans la Rome de Marc-Aurèle, le Préteur urbain est à son tribunal. Il siège au Forum un jour faste, sur sa chaise curule[1] qu'il couvre de la pourpre de sa robe prétexte,[2] entouré des faisceaux de ses licteurs,[2] assisté de ses scribes,[3] investi, depuis les ides de Mars, de la *jurisdictio* et de *l'imperium*. Devant lui deux plaideurs comparaissent. Le défendeur a été appelé *in jure* par la *litis denuntiatio*. Le demandeur expose ses griefs, indique l'action qu'il veut intenter, produit ses titres, sollicite la délivrance d'une des formules

1. Tac. Ann. 1, 75.
2. Plut. Quæst. Rom. 81.
3. Cicer. Pro Cluent. 126.

de *l'album* qu'un prudent consulté a d'avance adaptée aux exigences du litige.

Le Magistrat interroge les parties, fixe le point de droit à éclaircir, en dicte les termes à ses scribes, énonce la *demonstratio, l'intentio* et la *condemnatio* de la formule demandée, puis commet, pour statuer au fond, un juge-juré assermenté choisi par les plaideurs sur des listes de noms pris, chaque année, dans cinq décuries de citoyens. *Seius, judex esto... condemnato ; si non paret, absolvito !*

L'instance est engagée, le débat est lié, l'affaire est renvoyée *in judicio*, la *litis contestatio* opère la novation de l'obligation dont se prévaut le demandeur. Le rôle du Préteur a pris fin, l'office du juge commence. Devant ce dernier, les faits articulés sont prouvés, le serment est déféré, les témoignages invoqués sont entendus, la cause est plaidée. Enfin la sentence est rendue : une condamnation pécuniaire est prononcée.

Comment exécuter la décision du juge ? — Un moyen pratique est offert au plaideur triomphant : c'est *la venditio bonorum per universitatem*, la vente forcée de tous les biens compris dans le patrimoine de la partie condamnée.

CHAPITRE PREMIER

VOIES D'EXÉCUTION EN MATIÈRE CIVILE ANTÉRIEURES A LA *VENDITIO BONORUM*

Avant d'examiner et d'étudier les causes, les formalités préliminaires, la procédure et les effets de la *venditio bonorum,* qui fait l'objet de la première partie du présent opuscule, il convient tout d'abord de rechercher, dans les origines de la législation romaine, comment s'est introduite, à l'époque de l'application du système formulaire, cette voie de contrainte sur les biens.

Sous le régime des actions de la loi, c'est-à-dire depuis la fondation de Rome jusquà la loi Æbutia en 577 ou 583, la mainmise sur la personne était, pour ainsi dire, le droit commun ; la mainmise sur les biens était l'exception.

La mainmise sur la personne s'opérait par le *nexum et l'addictio ;* la mainmise sur les biens avait lieu au moyen de la *pignoris capio* et de la *sectio bonorum.*

SECTION Ire

EXÉCUTION SUR LA PERSONNE

Dans le vieux droit quiritaire, la personne du débiteur était appréhendée par le créancier en deux cas : ou bien le débiteur, craignant une situation pire, se donnait en gage, lui et les siens, par le *nexum*, afin de garantir, jusqu'à parfaite libération, l'acquittement d'une obligation contractée *per æs et libram;* ou bien le créancier obtenait d'une décision de justice, par la *manus injectio, l'addictio* du débiteur.

§ Ier. Du *nexum.* — Le *nexus* donnait ses services et ceux des personnes placées sous sa puissance jusqu'à ce qu'il eût payé par son travail le créancier envers lequel il était lié. Cet abandon volontaire de la liberté avait-il pour effet de mettre *in mancipio* le *nexus* et sa famille ? Une *manumissio* était-elle nécessaire pour rendre le *nexus sui juris ?* De nombreuses controverses se sont élevées à ce sujet.

Zimmern [1] et M. Bonjean [2] prétendent que le *nexum* entraînait immédiatement le *mancipium* et la *capitis deminutio,* mais que toutefois l'exercice du droit du créancier était suspendu jusqu'à

1. Zimmern. Traité des actions, § 45.
2. Bonjean. Traité des actions, § 161.

l'échéance de la dette. Jusqu'à ce moment, le *nexus* était libre en fait, mais esclave en droit, à ce point que, même dans l'hypothèse d'une libération à l'échéance, il ne pouvait revenir à la liberté qu'à l'aide d'un affranchissement.

Savigny et M. Giraud[1] ont combattu cette opinion. Pour eux, le *nexus* n'engage que son travail. Il n'aliène pas sa qualité d'homme libre : il ne subit qu'une servitude de fait sans cesser d'être *sui juris* ; ses biens lui restent encore qu'ils deviennent pour lui indisponibles au cours de la période du *nexum*. C'est dans ce sens que s'exprime Varron : « *Liber, qui suas operas in servitutem pro pecuniâ quam debet dat, dum solveret, nexus vocatur, ut ab ære obæratus.*[2] »

Nous n'hésitons pas à nous ranger à l'avis de M. Giraud. Le *nexum*, pas plus que *l'addictio*, ne constituait, pour le débiteur, un état légal de servitude. Ce qui paraît l'établir, c'est que la loi Petilia, qui le supprima en 429 ou 440, se borna à ordonner la mise en liberté des *nexi* sans statuer sur leur capacité civile qui n'avait pas dû être modifiée par leur servage volontaire. Cette loi, d'après Tite-Live portait :[3] « *Ne quis, nisi qui noxam meruisset, donec pœnam lueret, in compedibus aut in nervo teneretur ; pecuniæ creditæ bona debitoris, non corpus obnoxium esse.* » Et, lorsque l'historien, faisant ressortir les conséquences de

1. Giraud. Des *Nexi*.
2. Varron. *De linguâ latinâ*. § VII, 105.
3. Tite-Live, VIII, § 28.

cette loi, la qualifie de *velut aliud plebis initium libertatis*, il n'entend vraisemblablement parler que d'une liberté de fait et non pas d'une liberté recouvrée par une *manumissio*. Il y a plus : si le *nexum* avait été un *mancipium* conférant au créancier la propriété des biens de son débiteur, ainsi que le soutiennent Zimmern et M. Bonjean, on ne s'expliquerait pas que la *pignoris capio*, que nous allons rappeler, eût été restreinte à certaines dettes d'une nature particulière. Quel besoin aurait-on eu de créer une voie spéciale de contrainte sur les biens, si le *nexum* eût impliqué cette contrainte ? Le *nexum* n'entraînait pas plus l'aliénation, même fiduciaire des biens, qu'il n'autorisait la vente de la personne du débiteur. Celui-ci payait le créancier par les services qu'il lui rendait. Si ces services étaient insuffisants pour acquitter l'obligation, rien ne s'opposait, croyons-nous, à ce que le créancier, au moyen de la *judicis postulatio* ou de la *condictio*, n'obtînt une condamnation. Dès lors le *nexus* devenait *addictus* par la *manûs injectio* et pouvait être ensuite vendu comme esclave.

Quoi qu'il en soit, le *nexum* ayant été supprimé par la loi Petilia, il ne resta plus, dans l'ancienne législation, que la contrainte par corps judiciaire : l'*addictio*.

§ II. De l'*addictio per manûs injectionem*. — Quand, à la suite de l'action *sacramenti*, de la *judicis postulatio*, de la *condictio* ou d'un aveu judiciaire, une sentence avait été rendue et que la

partie condamnée ne s'exécutait pas dans les trente jours de la décision, il y avait lieu à la *manûs injectio* dont Gaïus nous fait connaître les formalités.

Le créancier, qui avait obtenu gain de cause, amenait devant le magistrat son débiteur récalcitrant ou insolvable, et, le saisissant par quelque partie du corps, il lui disait : « *Quod tu mihi judicatus sive damnatus es* (par exemple *sestertium decem millia) quæ dolo malo non solvisti, ob eam rem ego tibi sestertium decem millium judicati manum injicio.* » A défaut d'un répondant, d'un *vindex*, le magistrat attribuait le débiteur au créancier, qui l'emmenait dans sa maison comme un prisonnier (*in carcere privato*). [1] De *judicatus* qu'il était après la prononciation de la sentence, le débiteur devenait *addictus*, esclave de fait, sans toutefois subir de *capitis deminutio* et sans que sa famille et ses biens passassent dans le domaine du créancier. Pendant soixante jours, le débiteur demeurait ainsi *in carcere privato*, chargé de chaînes dont la loi des Douze-Tables fixait le poids, n'ayant pour nourriture qu'une livre de farine par jour, mais, malgré tout, restant *ingenuus*. Au cours de ce délai, il devait être conduit trois fois, de neuvaine en neuvaine, un jour de marché, devant le magistrat qui proclamait le montant de la somme pour laquelle il était *addictus*. Ces expositions successives avaient pour raison d'arracher à la commisération des parents ou des amis du malheureux prisonnier l'acquittement

1. Gaïus, 4, § 21.

de sa dette. Lorsque les soixante jours s'étaient écoulés sans que le créancier fût payé, le débiteur devenait *servus :* la diminution de tête était définitive. Il était vendu *tràns Tiberim* et le prix de la vente était attribué aux créanciers, en proportion de leurs droits. La troisième loi des Douze-Tables nous apprend même que les créanciers avaient le droit de mettre à mort le débiteur et de s'en partager les membres: « *Tertiis nundinis partes secanto; si plus minusve secuerint, ne fraude esto.* » M. Dupin aîné, en 1844, dans une séance de l'Académie des sciences morales et politiques, [1] s'est efforcé de démontrer que les mots *partes secanto* devaient être pris au figuré et qu'ils n'étaient qu'une allusion imagée au partage du prix de la vente du débiteur. Mais Aulu-Gelle, qui rapporte le texte des Douze-Tables, [2] affirme que c'est dans le sens le plus atroce qu'il faut comprendre cette expression. « C'est la logique du droit barbare, »dit M. Troplong. « Cette affreuse loi, ajoute M. Giraud, était tout-à-fait conforme au génie de l'antiquité. »

Pour compléter ce rapide exposé de l'*addictio,* disons encore que la loi Publilia et la loi Furia permettaient au *sponsor* d'employer la *manûs injectio* comme s'il avait obtenu une condamnation *pro judicato.* D'autres lois, notamment la loi Furia

1. Compte-rendu des séances de l'Académie, par M. Vergé. ann. 1844, t. 1, p. 163.

2. Aulu-Gelle. Nuits attiques, xx, § 1.

testamentaria[1] et la loi Marcia *adversus fœneratores* admettaient aussi la *manûs injectio*, mais *pura, id est non pro judicato :* dans ce cas, le débiteur pouvait se défendre, tandis que le *judicatus* n'avait d'autre moyen d'échapper à la rigueur de son créancier qu'en se procurant un *vindex*.

La loi Petilia ne s'appliquait qu'au *nexum;* cependant elle eut pour conséquence d'adoucir le sort de l'*addictus* qui, désormais, ne put être enchaîné : « *Ne compedibus aut in nervo teneretur.* » Il est certain qu'à partir de cette loi, le Préteur dut chercher à substituer la contrainte sur les biens à la contrainte par corps. « *Pecuniæ creditæ bona debitoris, non corpus, obnoxium esse.* »[2] Toujours est-il que ce ne fut que plus de cent ans après que s'introduisit la *bonorum venditio*. D'ailleurs, l'*addictio* ne disparut pas avec la *manûs injectio* et les actions de la loi introductives d'instance. Le créancier perdit le droit de vendre et de tuer son débiteur, mais il conserva celui de l'emprisonner jusqu'au paiement, avec l'autorisation du magistrat. En l'absence de textes précis, il est permis de penser que l'emprisonnement *in carcere privato* devint de plus en plus rare à mesure que devint plus aisée la réalisation des biens du débiteur. Notons, en passant, une constitution de l'empereur Zénon,[3] spéciale à la cité d'Alexandrie et au diocèse d'Egypte. Cette consti-

1. Gaïus, IV, § 22 et 24.
2. Tite-Live, VIII, 28.
3. L. 1. C. De priv. carc., IX, 5.

tution substitua la prison publique à la prison privée. Justinien ayant étendu cette réforme à tout l'empire,[1] le fait par un créancier d'emprisonner lui-même son débiteur devint un délit; de plus, les femmes furent affranchies dans tous les cas de la prison pour dettes.[2]

On le voit, dans les premiers siècles de Rome, le créancier, pour obtenir paiement de ce qui lui était dû soit en vertu d'un contrat, soit en vertu d'une décision judiciaire, avait droit aux services de son débiteur *(nexum)* ou au prix de ce débiteur lui-même *(addictio)*. Certains auteurs, après Niebuhr, ont prétendu qu'indépendamment de ces deux voies de contrainte sur la personne, il existait en même temps des voies d'exécution sur les biens. C'est ainsi que M. Tambour,[3] dans son traité *Des voies d'exécution sur les biens,* expose cette opinion qu'il fonde sur deux fragments, l'un de Denys d'Halicarnasse et l'autre de Tite-Live.

Voici la traduction du passage de Denys d'Halicarnasse :[4] « En l'an 259 de Rome, le consul « Servilius, pour déterminer le peuple à marcher « contre les Volsques, fait annoncer par le héraut « que ceux qui le suivront ne pourront être « inquiétés pendant la guerre par leurs créanciers. « Aucun contrat ne pourra autoriser ceux-ci à « s'emparer des maisons de leurs débiteurs, à les

1. L. 2. C. De priv. carc.
2. Nov. 134, cap. 9.
3. Tambour, op., cit. p. 16.
4. Denys d'Halicarnasse, VI, 29.

« vendre, à les prendre pour gage, à emmener « leurs enfants. Quant à ceux qui refuseront de « prendre part à l'expédition, ils auront à suppor- « ter tous les effets des obligations qu'ils auront « contractées. »

Voici maintenant le passage de Tite-Live. Il a trait au fait rapporté par l'historien grec : « *Edixit consul ne quis militis, donec in castris esset, bona possideret aut venderet, liberos nepotesve ejus moraretur.* »[1]

Ces deux textes ne sauraient modifier l'opinion que nous avons déjà émise. Ils ont trait à des voies différentes de contrainte : d'une part au *nexum* et à l'*addictio ;* d'autre part à la *pignoris capio.* Denys d'Halicarnasse et Tite-Live peuvent fort bien avoir entendu parler des créances donnant ouverture aux deux premières voies d'exécution sur la personne et des créances spéciales autorisant la mainmise sur les biens dans des cas déterminés. Aussi persistons-nous à croire, avec M. Troplong, que, sous le droit quiritaire, c'est en principe la personne seule qui répond des engagements. « L'insolvabi- « lité, écrit ce savant jurisconsulte, était assimilée « à un crime ; celui qui manquait à sa foi en ne « payant pas le créancier, différait peu du voleur. »[2]

Il ne faut pas en déduire néanmoins que la vente *tràns Tiberim* d'un débiteur solvable ne put avoir pour effet d'attribuer aux créanciers le prix de ses

1. Tite-Live, II, 24.
2. Troplong, Trait. de la cont. par corps. Préface.

biens. Assurément l'acheteur du débiteur devenait propriétaire du patrimoine de l'esclave, mais ce ne devait être sans doute qu'à la condition de payer les créanciers sur les biens qu'il acquérait ainsi. Ce qui le fait supposer c'est que, plus tard, le Préteur donna des actions utiles contre le maître qui refusait d'acquitter les dettes afférentes au patrimoine de l'homme libre tombé sous sa *dominica potestas*.

En un mot, les seules voies d'exécution sur les biens, dans l'ancienne législation romaine, étaient la *pignoris capio* et la *sectio bonorum*, cette dernière en ce qui concerne certaines catégories de biens.

SECTION II

EXÉCUTION SUR LES BIENS

§ I. De la *pignoris capio*. — Nous avons dit que la *pignoris capio* n'était qu'une voie exceptionnelle de contrainte sur les biens. Cette action de la loi ne pouvait être employée pour le recouvrement des créances privées. On n'y avait recours que dans des cas déterminés par la coutume ou des lois spéciales. C'était une appréhension à titre de gage de la chose du débiteur dont elle n'entraînait pas la dépossession. Elle produisait sur la chose les mêmes effets que le *nexum* sur la personne. Des paroles solennelles étaient exigées, qui pouvaient

être prononcée hors de la présence du magistrat et en l'absence du débiteur.

Bien avant la loi des Douze-Tables, la *pignoris capio* était employée par les militaires contre le *tribunus ærarius* chargé du service de leur solde *(æs militare)*, et contre ceux à qui incombait la charge de fournir des chevaux aux *equites* (*æs equestre)* et de subvenir à la nourriture de ces chevaux (*æs hordearium)*. L'*æs equestre* et l'*æs hordearium* devaient être acquittés par les veuves aux termes d'une constitution de Servus Tullius.[1] Quant à la loi des Douze-Tables, elle accordait la *pignoris capio,* nous apprend Gaïus, au citoyen qui avait vendu une victime sacrée, ou loué une bête de somme afin de consacrer le prix du louage à l'oblation d'un sacrifice.

Enfin, une loi, dont le nom a toujours été illisible dans le manuscrit de Gaïus et que les commentateurs appellent la loi Censoria, reconnaissait encore aux publicains le droit d'exercer la *pignoris capio* contre les débiteurs des impôts.

§ II. De la *sectio bonorum.* — La *sectio bonorum* était une institution consacrée par le droit civil. Elle consistait dans la vente aux enchères publiques, faite *sub hastâ* à la requête des questeurs, des biens appartenant au peuple ou au fisc, tels que le butin pris sur l'ennemi, l'ensemble d'un patrimoine confisqué ou une succession en déshérence.

1. Accarias, II, 169,

C'était la mainmise de la République sur les *bona vacantia :* nous la considérons plutôt comme une réalisation que comme une voie de contrainte proprement dite. Elle suit l'exécution mais ne la provoque pas.

La *sectio bonorum* donnait naissance à des spéculations sur les biens achetés en bloc et revendus ensuite en détail : le verbe *secare* paraît être, pour cette cause, l'étymologie du mot *sectio*. Cicéron [1] rapporte qu'il se formait des associations de *sectores bonorum* disposant de capitaux considérables. Ces associations étaient fort décriées au temps de Tacite, [2] en raison de leur âpreté au gain.

On s'accorde à reconnaître que la *sectio bonorum* était un mode d'acquisition *per universitatem*, conférant la propriété quiritaire. En cas de vente de biens confisqués ou vacants, elle transférait de plus les créances et les dettes attachées au patrimoine adjugé, et valait au *sector* un interdit nommé *sectorium* qui lui permettait de poursuivre le délaisssement contre les détenteurs.

« Toute l'histoire du droit romain, dit Ortolan, [3] « peut se résumer dans cette proposition : le vieux « droit quiritaire s'humanise. » Mais cette amélioration progressive ne s'accomplit que lentement, par gradations. Les institutions ne se fondent pas brusquement les unes dans les autres. La *venditio bonorum* fut la conséquence du principe d'humanité

1. Cicer., Pro Rosc., 31
2. Tacit., Ann. XIII, 23.
3. Ortolan, III, 1909.

posé dans la loi Petilia. Organisée par un préteur du nom de Publius Rutilius, elle eût pour modèle la *manûs injectio* et, pour idée première, la *sectio bonorum*. Il y a doute sur la date de cette innovation. Les uns la placent en 586, les autres en 648. On connaît, en effet, deux préteurs du nom de Publius Rutilius, et Gaïus ne s'explique pas clairement sur le véritable auteur de l'institution nouvelle.

S'agit-il de Publius Rutilius Calvus, magistrat obscur, ou de Publius Rutilius Rufus, que Cicéron nous présente comme un jurisconsulte distingué : *Sunt ejus multa præclara de jure ?* Cette question n'a jamais été résolue. L'on sait seulement qu'en 672, année ou Cicéron prononça son plaidoyer *pro Quintio* dans une question de *venditio bonorum*, l'institution était d'un usage commun.

CHAPITRE DEUXIÈME

DE LA *MISSIO IN POSSESSIONEM*

Toute vente forcée rend nécessaire le dessaisissement préalable du débiteur. Il faut que les biens destinés à être vendus soient enlevés à la libre disposition de celui qui les possède pour prévenir des aliénations, des détournements ou des détériorations et sauvegarder ainsi les droits des créanciers. C'est ce principe qui, dans notre procédure française, régit les formalités d'exécution.

En droit romain, la *venditio bonorum* avait pour préliminaire obligatoire la *missio in possessionem,* c'est-à-dire une saisie générale entraînant l'envoi en possession au profit de tous les créanciers sans distinction de la fortune du débiteur en déconfiture. C'est avec raison que l'on a comparé la *venditio bonorum* à l'*addictio.*

L'*addictio* s'exerçait sur la personnalité physique du débiteur et était précédée de la *manûs injectio* qui le privait, en fait, de sa liberté sans la lui enlever en droit. La *venditio bonorum*, par analogie, pesait sur la personnalité juridique : elle l'*addictio*

du patrimoine, de même que la *missio in possessionem* qu'elle suivait, était la *manûs injectio* sur les biens.

La déconfiture d'un débiteur n'était pas le seul cas qui donnât ouverture à une *missio in possessionem.* Ulpien nous indique que cette mesure était accordée dans d'autres hypothèses : *Tres ferè causæ sunt in possessionem mitti solet, rei servandæ causâ, item legatorum servandorum gratiâ et ventris nomine.* [1]

La *missio in possessionem* qui nous occupe est la *missio rei servandæ causâ.*

La missio legatorum servandorum gratiâ était accordée au légataire à qui l'héritier refusait de fournir la *cautio legatorum*, lorsque le legs était fait sous condition.

La *missio bonorum ventris nomine,* était donnée à la femme au profit de son enfant simplement conçu.

Complétons l'énumération du texte d'Ulpien en signalant encore la *missio ex Carboniano edicto :* elle avait lieu lorsqu'un impubère, qui demandait, comme descendant d'une personne défunte, la *bonorum possessio contrà tabulas* ou la *bonorum possessio undè liberi,* voyait son état contesté. Le Préteur renvoyait à statuer sur la question d'état jusqu'au jour de la puberté de l'enfant et, en attendant, par provision, lui donnait la *possessio bonorum* avec *missio.*

1. L. 1. Quib. ex caus. in poss, 42, 4.

Dans les trois derniers cas, la *venditio* ne suivait jamais la *missio*. Nous n'avons donc pas à nous y arrêter.

Nous laisserons également de côté la *missio damni infecti nomine* dont Ulpien parle dans le même passage. *Damni enim infecti nomine, si non caveatur, non in universorum nomine fit missio, sed rei tantùm de quâ damnum tueatur.* Quand un immeuble menaçait ruine, on le sait, le propriétaire du fonds voisin était en droit d'exiger du propriétaire de l'immeuble la *cautio damni infecti*. A défaut de caution, l'envoi en possession de l'immeuble était prononcé par le magistrat. Cette *missio* n'aboutissait pas davantage à une *venditio*, mais elle permettait à l'envoyé, à qui elle profitait seul, d'acquérir par usucapion.

SECTION Ire

DES CAS DANS LESQUELS EST PRONONCÉE LA *MISSIO IN POSSESSIONEM*

Au début même de cette étude nous avons rappelé brièvement la marche d'une procédure *in jure* et *in judicio* sous le système formulaire, afin de faire saisir l'utilité pratique de la *venditio bonorum* ; nous avons indiqué le cas le plus fréquent où cette mesure était accordée, à savoir l'inexécution d'une sentence judiciaire. Mais en dehors de cette hypo-

thèse, il en existait d'autres qui rendaient nécessaire la mainmise sur les biens du débiteur.

M. Tambour [1] résumant les éventualités donnant ouverture à la *missio in possessionem rei servandæ causâ*, expose que cette mesure rigoureuse était prononcée : 1° quand le débiteur condamné par le juge refusait de mettre à exécution la décision rendue ; 2° quand la défense du débiteur devant le magistrat avait été insuffisante.

Cette classification nous paraît un peu vague et nous préférons examiner spécialement chacun des cas que les textes nous font connaître.

La *missio* peut être accordée contre les débiteurs vivants et contre les débiteurs décédés. Telle est la première division que nous trouvons dans Gaïus : [2] *Bona autem veneunt aut vivorum aut mortuorum.*

Ce principe posé, Gaïus nous donne l'énumération des cas qui s'appliquent aux vivants. *Vivorum, velut eorum qui fraudationis causâ latitant nec absentes defenduntur; item eorum qui ex lege Julia bonis cedunt ; item judicatorum, post tempus quod eis partim lege XII Tabularum, partim edicto prætoris ad expediendam pecuniam tribuitur.*

Cette énumération n'est pas complète. Le Préteur peut encore ordonner l'envoi en possession des biens du débiteur *qui exulii causâ solum verterit* [3] ou qui, *capite minutus* par adrogation ou *manus*,

1. Tambour, op. cit.
2. Gaïus, III, § 78.
3. Cicér. Pro. Quint., § 19.

n'est pas défendu par la personne sous la puissance de laquelle il est tombé.[1] Enfin lorsque le débiteur est incapable et n'est pas valablement défendu, il y a encore lieu à la *missio*.

Mortuorum bona veneunt, continue Gaïus, *velut eorum quibus certum est neque heredes, neque bonorum possessores, neque ullum alium justum successorem existere.*

Deux autres circonstances sont à signaler dans l'hypothèse de la mort du débiteur : 1° il y a doute sur l'existence de l'héritier ou sur son acceptation ; 2° la succession est dévolue à un héritier suspect qui est dans l'impossibilité de fournir caution.

Tels étaient les cas dans lesquels la *missio in possessionem rei servandæ causâ* était prononcée par le Préteur. Nous allons les examiner dans l'ordre suivi par Gaïus.

§ I. — DE L'ENVOI EN POSSESSION DES BIENS DES DÉBITEURS VIVANTS

A. *QUI FRAUDATIONIS CAUSA LATITANT*

Cette partie du texte de Gaïus suppose que le débiteur se cache pour échapper aux poursuites des créanciers ou qu'il est absent pour des causes que nous aurons à examiner.

Nous savons comment le Préteur, chargé de la

1. Gaïus, III, § 84.

délivrance des formules d'actions, était saisi par les parties. La *litis contestatio* terminait le débat *in jure*. Mais encore fallait-il que le défendeur se présentât sur la *vocatio in jus* qui lui était faite ou que, après remise de la cause, il ne manquât pas au *vadimonium*. Il manquait au *vadimonium* lorsqu'il ne comparaissait ni *in jus* ni *extra jus*, après avoir fourni la *cautio in jure sistendi*.

C'est à la *desertio vadimonii* que fait allusion Horace dans la neuvième satire du livre premier (vers 35, 36 et 37).

Ventum erat ad Vestæ, quartâ jam parte diei
Præteritâ, et casu tunc respondere vadatus
Debebat ; quod ni fecisset, perdere litem.

Dans cette hypothèse, la *missio in possessionem*, accordée contre le défendeur défaillant, se cumule avec l'action *ex stipulatu* qui peut être exercée soit contre le défendeur lui-même, soit contre le fidéjusseur. Il est vrai que ce cumul paraît être refusé par Paul : « *Item si duo rei promittendi sint et unus ad* « *judicium non venerit, contemptâ suâ promissione* « *judicio sistendi causa facta, actor autem ab altero* « *rem petat, ab altero pœnam desertionis : petendo* « *pœnam exceptione summovebitur.* »[1] Ainsi Paul prétend que lorsque de deux débiteurs tenus *ex eâdem causâ* l'un comparaît et l'autre fait défaut après avoir fourni caution, le créancier a le choix ou de poursuivre le recouvrement contre le compa-

1. L. 5, § 1. Si quis caut. II, 11.

rant ou d'exiger la peine stipulée contre le défaillant, mais que s'il opte pour l'application de la peine, il perd ses droits contre le comparant.

Il paraît, néanmoins, difficile d'admettre l'impossibilité du cumul, car il faudrait arriver à soutenir que la *cautio in jure sistendi* était inutile. Le montant de la peine stipulée n'était pas librement débattu entre les parties. Il était fixé par le demandeur après prestation du serment *de calumniâ*, sans qu'il pût dépasser la moitié de la valeur engagée dans le procès. Dès lors, le demandeur eût toujours conclu à la *missio in possessionem* plutôt que de s'exposer à ne recevoir que la moitié de sa créance. La *desertio vadimonii* n'aurait donc eu aucune sanction pratique.

L'absence du défendeur empêchait le magistrat de statuer en connaissance de cause : la délivrance de la formule devenait impossible et le demandeur ne pouvait pas porter ses réclamations *in judicio*.

Quand le défaut se produisait *in judicio*, la procédure n'était pas arrêtée. Le juge, par trois édits rendus à dix jours d'intervalle, ordonnait la comparution du défendeur. A l'expiration du délai accordé par le troisième édit, le juge constatait la *latitatio* ou l'*indefensio*, puis prononçait sa sentence qui avait toute la force d'une décision contradictoire.

Pour ne pas laisser en péril les droits des créanciers que l'absence du débiteur eût pu, de la sorte, rendre illusoires, le Préteur accordait l'envoi en possession des biens du défaillant. Mais cette

missio in possessionem avait des conséquences bien différentes suivant que la non-comparution du débiteur était volontaire ou forcée.

Ulpien fait clairement ressortir cette distinction. *Cùm hoc edictum locum habeat non sufficit latitare sed et necesse est fraudationis causâ id fieri ; neque quod fraudationis causâ sine latîtatione fit satis est ad possessionem et venditionem.* [1]

Pour qu'il y ait lieu à la *venditio,* il faut donc en règle générale, qu'il y ait absence frauduleuse. D'où cette conséquence relevée à cette occasion par Ulpien [2] que le *furiosus* ne saurait tomber sous l'application de la règle, puisque son état mental lui enlève sinon le pouvoir, du moins l'intention de nuire.

C'est au même jurisconsulte que nous empruntons nos renseignements sur la *latitatio.* [3]

La *latitatio* est-elle, comme le prétend Cicéron, *turpis occultatio sui,* la honte de se montrer à autrui ? — Non, répond Ulpien, car on peut se cacher pour un motif qui ne soit pas honteux ; et il cite l'exemple de celui qui se dérobe à la fureur d'un despote, aux coups de l'ennemi, aux violences des guerres civiles.

Pour discerner s'il y a ou non *latitatio,* il faut se demander si, en se dérobant, le débiteur a voulu causer un préjudice à ses créanciers, sans qu'il soit besoin de rechercher si cette désertion du forum

1. L. 7, Quib. ex caus. in poss. XLII, 4.
2. L. 7, § 9, ibid.
3. L. 7, § 2, ibid.

est destinée à nuire plutôt à l'un qu'à l'autre. Mais Pomponius, cité par Ulpien, décide que celui-là seul peut obtenir la *missio in possessionem,* qui justifie que la *latitatio* a pour cause spéciale les poursuites qu'il exerce.

Quiconque évite la rencontre de ses créanciers, que ces créanciers soient ou non dans la même ville ou dans le même pays, est réputé se cachant. Bien plus, le fait par un débiteur de fuir son créancier sur une place publique et de se dissimuler derrière les colonnes et les boutiques, *circà columnas vel stationes,* est considéré comme constituant la *latitatio.*

En résumé, le Préteur a un pouvoir discrétionnaire pour apprécier le caractère de l'absence du débiteur. C'est à lui qu'il appartient de discerner l'intention de cette absence et le préjudice qu'elle cause.

La *latitatio* entraînait la *venditio,* mais nous devons faire remarquer toutefois que cette mesure ne s'imposait pas nécessairement lorsque le débiteur, bien que défaillant après remise de la cause, avait fourni la caution *in jure sistendi* pour garantir sa comparution ultérieure soit devant le Préteur, soit devant le juge-juré. Les créanciers avaient alors la ressource d'exercer des poursuites contre le fidéjusseur.

La *venditio* n'aura pas lieu davantage lorsque quelqu'un se présentera pour l'absent et défendra à l'action des créanciers.

On assimile à la *latitatio* le refus par le débiteur

de suivre son adversaire ou de lui donner la *cautio in jure sistendi,* car il n'y a pas moins de dol à se désister qu'à se dérober. Le *missio in possessionem* se combinait alors avec une action pénale. *Si quis in jus vocatus non ierit, ex causâ a competenti judice multa pro jurisdictione judicis damnabitur.* [1] *Non defendere videtur non tantùm qui latitat, sed et is qui præsens negat se defendere aut non vult suscipere actionem.* [2] Ce refus empêche l'organisation du *judicium*: il fait tenir le débiteur pour *damnatus.* Mais pour qu'il en soit ainsi, il faut que le *reus* ait été cité devant le magistrat compétent. Le Préteur de Rome ne devait pas, par exemple, prononcer la *missio in possessionem* contre les habitants des provinces qui, pour pouvoir être jugés chez eux, étaient libres d'invoquer le *jus revocandi domum.*

B. *QUI EXULII CAUSA SOLUM VERTUNT.*

L'exil, bien qu'il fût une absence forcée, était également considéré comme une *latitatio.* On le regardait comme une absence frauduleuse *Nam et exulio temporario puniti, si defensor non existat, bona veneunt.* [3]

L'exil était une peine encourue par le débiteur pour un fait dont il avait la responsabilité. Il existait, au reste, pour le débiteur, un moyen de

1. L. 2, § 1. Si quis in jus voc, II, 7.
2. L. 52. De div. reg. jur., L. 52.
3. L. 13. Quib ex caus. in poss., XLII, 4.

prévenir les conséquences de son absence : c'était de laisser un mandataire chargé de gérer sa fortune et de le représenter au besoin en justice. Les mots *si defensor non existat* indiquent bien que la faculté de se faire représenter était laissée à l'exilé.

La présence d'un *defensor* avait une telle importance que Cicéron, dans son plaidoyer *pro Quintio,* afin de décharger son client de toute suspicion, rappelle que celui-ci avait laissé, avant son départ pour l'exil, un mandataire veillant si bien aux intérêts de son mandant absent qu'il avait arraché les affiches apposées sur l'ordre du Préteur pour annoncer la *venditio bonorum.* Cicéron cherche également à établir que Quintius ne devait rien, pour conclure à la nullité de la *missio* et par suite à la nullité de la vente. Ce qui prouve que, dans le cas que nous venons d'étudier, le défendeur peut toujours faire annuler l'envoi en possession en prouvant que l'action du demandeur aurait certainement échoué soit par l'effet d'une exception, soit par un moyen tiré du fond, soit même, comme nous l'avons vu, à raison de l'incompétence du magistrat. *Idem erit dicendum (non possunt bona venire) et si quis habeat actionem, sed talem quæ per exceptionem repellitur.* [1]

c. *QUI ABSENTES NON DEFENDUNTUR.*

Nous avons à parler maintenant des débiteurs

1. L. 7, § 14. Quib ex caus. in poss., XLII, 4.

indefensi dont l'absence n'est pas réputée frauduleuse, absence ayant une cause antérieure à la *vocatio in jus,* par exemple un voyage de commerce ou d'agrément. L'absence forcée pour le service de l'Etat, se produisant même après la *vocatio in jus,* faisait différer la *missio* jusqu'au retour de l'absent.

Dans la catégorie des *indefensi* nous rangeons les *capite minuti* qui ne sont pas défendus par les personnes sous la puissance desquelles ils sont tombés et les incapables dont la défense n'a pas été valablement présentée.

Il y avait *indefensio* lorsque le défendeur, régulièrement cité, ne comparaissait ni par lui-même, ni par un représentant offrant de payer la caution *judicatum solvi* et demeurant présent au débat jusqu'à la fin de l'instance.

L'absence exempte de fraude n'entraînait pas forcément la *venditio bonorum* comme la *latitatio. Defendi autem videtur, qui per absentiam suam, in nullo deteriorem causam adversarii faciat.* [1] Le débiteur était considéré comme défendu lorsqu'on ne relevait pas contre lui un dommage intentionnellement causé aux créanciers.

Nous avons encore à noter deux autres différences entre l'absence et la *latitatio.* Lorsque le débiteur se cache pour échapper à une action réelle, il y a lieu à la *missio possessionem* de tout son patrimoine. Est-il simplement absent ? la *missio* ne peut porter que sur l'immeuble litigieux. *Celsus*

1. L. 2, *ibid.*

autem Sexto respondit : Si fundum, quem petere volo, Titius possideat, neque absens defendatur, commodius se existimare in fundum possessione mittendum quam bona ejus possideri ; hoc adnotandum est, Celsum consultum non de latitante sed de absente.[1]

Enfin, quand la vente était reconnue nécessaire en cas d'absence non frauduleuse et que le prix de la vente était plus que suffisant pour désintéresser les créanciers, l'excédant revenait au débiteur, ce qui n'avait pas lieu lorsqu'il y avait *latitatio. Bona autem vendenda, ut quod supersit furioso detur ; idemque et in prodigo dicendum est, cæterisque qui curatorum ope juvantur ; nec enim quisquam propriè latitare eos dixerit.*[2]

Les *capite minuti* qui pouvaient devenir victimes d'une *indefensio* étaient les adoptés et les femmes *in manu.*

L'adoption, dans la législation romaine, avait pour conséquence l'absorption d'une famille par une autre, absorption qui comprenait non-seulement l'adopté et tous les siens, mais encore l'intégralité de son patrimoine. D'après le droit civil, la personnalité juridique de l'adopté disparaissait et, avec cette disparition, s'éteignaient les dettes qu'il avait contractées. Les créanciers perdaient donc leurs droits contre lui. Afin de remédier à ce résultat inique, nuisible au crédit, le droit prétorien

1. L. 7, § 17. Quib ex causs. in poss., XLII, 4.
2. L. 7, § 11 et 12, *ibid.*

donnait aux créanciers antérieurs à la *capitis deminutio* des actions utiles qui leur permettaient d'agir contre l'adoptant. Il en était de même contre le *paterfamilias* jouissant de la *manus* sur la femme tombée en sa puissance par ce changement d'état. Grâce à ces actions utiles, les créanciers pouvaient, au cas où les *capite minuti* n'étaient pas défendus par les personnes devenues propriétaires de leur patrimoine, obtenir la *missio in possessionem. In eum eamve civilis actio datur rescissâ capitis deminutione ; et si adversùs hanc actionem non defendantur, quæ bona eorum futura fuissent, si se alieno juri non subjecissent, universa vendere creditoribus prætor permittit.* [1] Ce n'étaient pas seulement les biens présents des *capite minuti* qui pouvaient faire l'objet d'une *missio in possessionem,* c'étaient encore les biens compris dans les successions qui leur advenaient.

Suivant que l'*indefensio* des représentants des *capite minuti* était ou non aggravée de *latitatio,* la *missio in possessionem* était suivie ou non de la *venditio.*

Les *indefensi* pouvaient être des incapables tels que des pupilles, des mineurs de vingt-cinq ans, des *furiosi* ou des prodigues.

Pour obtenir le paiement des dettes afférentes à des successions recueillies par un pupille que son tuteur refusait de défendre, les créanciers pouvaient solliciter la *missio* et obtenir la *venditio.* Mais cette

1. Gaïus, III, 84.

missio et cette *venditio* ne portaient que sur les biens de la succession sans que fussent atteints les biens propres du pupille.

Cette séparation de patrimoines n'existait pas pour le *furiosus*. Aussi, le Préteur, avant d'ordonner la *missio*, prenait-il toutes les mesures propres à sauvegarder autant que possible ses droits, tout en faisant respecter ceux des créanciers. Ulpien, rapportant une opinion de Labéon,[1] nous expose que, avant d'attaquer un *furiosus*, il fallait lui donner un curateur. Si ce curateur ne le défendait pas, la *missio in possessionem* n'était accordée que sur les biens dont le prix devait être suffisant pour désintéresser les créanciers. Si même il restait un excédant de prix, il était remis au *furiosus*.

Ces précautions étaient également prises en faveur de tous ceux qui étaient soumis à l'assistance d'un curateur. *Idemque in prodigo dicendum est, cæterisque qui curatorum ope juvantur ; necenim quisquam propriè latitare eos dixerit.*[2]

Ce texte, qui parait clair, donne lieu toutefois à une difficulté d'interprétation. Ulpien semble bien dire que les personnes pourvues d'un *curator* ne sont jamais réputées être en état de *latitatio* à raison de leur infériorité intellectuelle. Et cependant, dans un autre passage du Digeste,[3] il s'exprime ainsi : « *Si minor viginti quinque annis, qui habet curatores a curatoribus non defendatur, nec*

1. L. 7, § 10 et 11. Quib ex caus. in poss., XLII, 4.
2. L. 7, § 12. Quib. ex caus. in poss., XLII, 4.
3. L. 5. De reb. auct. jud., XLII, 5.

alium defensorem inveniat, bonorum venditionem patitur etsi non latitet ; licet non fraudationis causâ latitare videtur, qui sui non est idoneus defensor. »

Ulpien, cette fois, admet que l'*indefensio* du mineur de vingt-cinq ans peut être une *latitatio,* mais une *latitatio non fraudulosa.*

Nous nous expliquons difficilement cette distinction. La *latitatio,* avons-nous dit, suppose la fraude, le dessein de nuire aux créanciers. Ulpien emploie peut-être un terme impropre, mais n'ayant pas son équivalent, pour nous indiquer que l'*indefensio* du mineur de vingt-cinq ans entraîne la *missio* et la *venditio* non pas de l'universalité de ses biens, comme s'il s'agissait d'un débiteur capable qui se cache, mais seulement de la portion de ses biens suffisante pour acquitter les dettes. En un mot, le mineur de vingt-cinq ans jouirait de la même faveur que le *furiosus.*

D. *QUI EX LEGE JULIA BONIS CEDUNT.*

On suppose que la cession des biens a été introduite par la loi Julia, au temps de César ou d'Auguste. Dans la table d'Héraclée, qui est probablement le texte d'une loi municipale de César, il y est fait allusion. C'était la déclaration faite par le débiteur lui-même de sa déconfiture. Elle avait pour avantage d'exonérer le débiteur de la contrainte par corps et de le faire échapper à l'infamie

qui était un des effets de la *venditio bonorum*, comme nous l'exposerons ci-après. A part cela, elle n'empêchait ni l'envoi en possession ni la vente.

On trouve l'origine de la cession de biens dans la promesse que faisaient les *nexi* d'abandonner leur fortune à leurs créanciers pour recouvrer leur liberté.[1] Cette promesse s'appelait, d'après Varron, *juramentum bonæ copiæ. Omnes qui bonam copiam jurarent, ne essent nexi, dissoluti.*[2] La loi Petilia, qui abrogea l'institution du *nexum* aurait, au dire de certains commentateurs, introduit l'usage de ce *juramentum*.

Dans quelles formes la cession de biens devait-elle se faire ? Nous savons peu de choses des formalités exigées dans le droit classique. Le Code[3] nous apprend seulement que, sous l'empereur Théodose, une simple *professio* suffisait. *In omni cessione bonorum, ex quâlibet causâ faciendâ, scrupulositate priorum legum explosâ, professio sola quærenda est.* Qu'est-ce que cette *professio ?* Nous pensons que c'était une sorte d'aveu extra-judiciaire. L'aveu judiciaire était la *confessio*. Le passage suivant d'Ulpien vient corroborer cette opinion : « *Qui ce-* « *dit bonis, antequam debitum agnoscat, condem-* « *netur vel in jus confiteatur, audiri non debet.* »[4] Il est donc probable que la cession de biens, après

1. Giraud. Les *Nexi*, page 119.
2. Varron. De ling. latin., VII, 5.
3. L. 6, C. Qui bon. ced. poss., VII, 71.
4. L. 8. De cess. bon., XLII, 3

avoir exigé une déclaration devant le magistrat, ne demanda plus qu'une sorte de bilan de dépôt.

Cet abandon complet fait par le débiteur de sa fortune ne le libérait pas plus à l'égard du créancier poursuivant qu'à l'égard des autres. La cession de biens ne dispensait pas en effet le Préteur de prononcer la *missio in possessionem*. Il n'avait pas à déclarer l'état de déconfiture avoué par le débiteur, mais seulement à le constater pour ordonner, comme conséquence, l'emploi des mesures propres à sauvegarder les droits des créanciers. C'est ainsi que de nos jours, la déclaration de faillite sur dépôt de bilan n'est que la constatation de l'état de cessation des paiements accusé par le failli lui-même. Le jugement qui intervient est indispensable pour proclamer le dessaisissement.

Le débiteur de mauvaise foi qui, par exemple, s'était rendu insolvable dans le but de nuire à ses créanciers était-il admis à faire cession de biens? Nous ne saurions l'admettre. S'il en eût été ainsi, la *venditio bonorum* eût été presque toujours, en fait, dépouillée de son caractère infamant et la contrainte corporelle eût disparu à partir de la loi Julia. Or, Aulu-Gelle nous apprend que cette voie d'exécution sur la personne a survécu à cette loi. « *Addici nunc et vinciri multos videmus.* »[1] En outre, la loi première au code Théodosien *Qui ex lege Juliâ bonis cedere possunt* indique clairement que celui-là seul pouvait faire cession, qui n'avait fait

1. Aulu-Gelle. Nuits att., xx, 1.

perdre de l'argent à ses créanciers que par suite de circonstances indépendantes de sa volonté : « *Nisi fortè propriorum dilapidationem bonorum, aut latrociniis adrogatam, aut naufragiis incendioque conflatam, vel quolibet majoris impetus infortunio atque dispendio docuerit efflictum.* »

S'il en eût été autrement, tous les débiteurs, sans exception, se fussent empressés, par crainte de l'*addictio* ou de la flétrissure de l'infamie, d'abandonner leur patrimoine. La cession de biens était vraisemblablement réservée au débiteur malheureux et de bonne foi que son infortune rendait excusable. De là cette compassion qui lui était témoignée. *Debitores qui bonis cesserint, licet ex eâ causâ bona eorum venierint, infames non fuint.* [1] Justinien dit aussi de la cession de biens, qu'il qualifie de *miserabile cessionis bonorum auxilium,* qu'elle a lieu *salvâ videlicet eorum existimatione et omni corporale cruciatu semoto.* [2] Il est permis cependant de croire que cette cession, encore bien qu'elle protégeât de l'infamie, atteignait sensiblement l'*existimatio* du débiteur.

L'*existimatio* désigne, d'après une définition du jurisconsulte Callistrate, *dignitatis illesæ status legibus ac moribus comprobatus,* c'est-à-dire la situation de l'homme dont la renommée est sans tache aux yeux du monde et dont les droits sont inctacts selon la loi. [3] Or, la cession de biens

1. L. 2. C. Ex quib. caus. inf., 12.
2. L. 8. C. *Ibid.*
3. Accarias, 1, p. 427, note 1.

impliquait, au demeurant, l'inexécution d'engagements pris. Si donc les droits du débiteur n'étaient pas entamés, il n'en est pas moins vrai que sa réputation était singulièrement diminuée. En fait, sinon en droit, son *existimatio* ne survivait pas à son crédit.

La première condition pour pouvoir faire cession de biens était, bien entendu, d'avoir un patrimoine. Faisons remarquer pourtant que Justinien, contrairement au droit classique, accorde ce bénéfice aux fils de famille qui ne possèdent pas même un pécule. *Si nihil in suo censu hi, qui in potestate parentum sunt, habeant, tamen ne patiantur injuriam debet bonorum cessio admitti.* [1]

La cession de biens ne libérait pas le débiteur. Si, après la *venditio*, il acquérait de nouveaux biens, ses créanciers avaient le droit de le poursuivre pour obtenir paiement de ce qu'il leur redevait. Une nouvelle condamnation intervenait bien contre lui, mais il obtenait la faveur de n'être condamné que *in id quod facere potest*. C'était le bénéfice de compétence. *Is qui bonis cessit, si quid postea acquisierit, in quantum facere potest, convenitur.* [2] Ainsi s'exprimait l'Edit. Les Sabiniens prétendaient même que le débiteur ne pouvait plus être inquiété du tout à l'avenir. Il fallait toutefois, que les biens acquis fussent d'une certaine importance. Dans tous les cas, on laissait au débiteur

1. L. 7. C. Qui bon. ced. poss., VII, 51.
2. L. 4. Pr. De cess. bon., XLII, 3.

des ressources suffisantes pour subvenir aux premiers besoins de la vie.

La cession de biens, pas plus que la *missio in possessionem* qui la suit, n'attribue aux créanciers la propriété du patrimoine du débiteur. Celui-ci a donc la liberté, jusqu'à la vente, de faire déclarer non avenue la cession à charge de payer ses dettes. *Quem pœnitet bonis cessisse, potest, defendendo se, consequi ne bona ejus veneant.* [1]

Sous Justinien, le débiteur pouvait obtenir des créanciers des avantages rappelant le concordat de notre code de commerce. [2] Les créanciers avaient le choix ou d'accepter la cession de biens et de faire vendre ou bien d'accorder au débiteur un délai de cinq années pour se libérer. A cet effet, les créanciers chirographaires et hypothécaires étaient convoqués et délibéraient. La décision était prise à une majorité calculée non d'après le nombre des votants, mais d'après le chiffre des créances représentées. A défaut de majorité en sommes, la majorité en nombre suffisait. Enfin, si ni l'une ni l'autre de ces majorités n'était obtenue, le délai de cinq ans était accordé de plein droit au débiteur.

E. *QUI JUDICATI SUNT.*

C'était surtout lorsqu'un débiteur avait été condamné par le juge que le magistrat accordait la

1. I. 5. De cess. bon., XLII, 3.
2. L. 8. C. Qui bon. ced. poss., VII, 71.

missio in possessionem. Lorsqu'il y avait dénégation sur l'existence même de la condamnation, le magistrat donnait au créancier poursuivant l'*actio judicati*, ordonnait que le débiteur fournît la *cautio judicatum solvi*, puis renvoyait les parties devant le juge qui avait à statuer sur le différend. S'il était reconnu que la sentence avait été rendue, le juge, sur l'ordre de la formule délivrée, condamnait le débiteur au double de la première condamnation pour le punir de sa dénégation téméraire. L'*actio judicati* était, en effet, une de celles *quæ inficiatione duplantur*.

L'aveu fait par le débiteur devant le magistrat équivalait à une condamnation. Le *confessus in jure* doit donc être en tous points assimilé au *judicatus*. *Confessus pro judicato est qui quodam modo suâ sententiâ damnatus est.* [1]

Le débiteur avait, pour s'exécuter, un délai que la loi des Douze-Tables avait fixé à trente jours, comme nous l'avons vu. *Æris confessi rebusque jure judicatis, triginta dies justi sunto.* C'est à cette disposition que se refère Gaïus. Suivant les circonstances, l'importance de la cause et les qualités des parties, le Préteur, dans son édit, pouvait augmenter ou diminuer ce délai. Le délai était le plus souvent abrégé lorsque le demandeur était un créancier d'aliments ou un mineur de vingt-cinq ans qui voulait se faire restituer contre ses engagements. *Perraro intra statutum tempus sententiæ exequentur : veluti*

1. L. 1. De confess., XLII, 2.

si alimenta constituantur, vel minori viginti quinque annis subvenitur. [1]

Dans le droit classique, aucun terme de grâce n'était accordé aux fidéjusseurs non plus qu'aux *mandatores pecuniæ credendæ.* Les créanciers pouvaient les poursuivre aussitôt après la condamnation ou l'aveu judiciaire du débiteur principal qui n'était pas recevable, de son côté, à demander qu'il fut différé à l'exercice du recours dirigé contre lui. Il y avait là une anomalie qui fut supprimée par Justinien. *Hujusmodi acerbitatem resecantes, sancimus quadrimestres inducias, quas dedimus condemnatis, etiamsi ad fidejussores eorum et mandatores extendi, ne legi fiat derogatum.* [2] Le délai fut porté à quatre mois non seulement pour le débiteur, mais encore pour ses cautions.

§ II. — DE L'ENVOI EN POSSESSION DES BIENS DES DÉBITEURS DÉCÉDÉS

La personne juridique d'un mort est continuée par son héritier. C'est cet héritier qui est tenu de toutes les obligations passives de la succession. Le décès, en somme, ne change rien ; les créanciers poursuivent l'héritier comme ils eussent poursuivi le défunt : il n'y a qu'une substitution de personne physique. Mais si aucun des héritiers institués par

1. L. 2. De re judic., XLII, 1.
2. L. 3. C. De usur. rei jud., VII, 14.

le défunt ne veut faire addition d'hérédité, si le fisc lui-même répudie la succession, les créanciers peuvent se faire envoyer en possession et obtenir l'autorisation de faire vendre. *Si bona debitoris tui vacare constet, et hæc a fisco non agnoscantur, in possessionem eorum mitti te a competente judice rectè postulabis* [1]

Cette règle reçoit son application lorsque la succession, à défaut d'institution, se trouve dévolue à un héritier sien qui n'accepte pas l'hérédité. *Si non expedierit pupillo hereditatem parentis retinere, prætor bona defuncti venire permittit, ut quod superaverit pupillo restituatur.* [2] La *missio in possessionem* s'impose également lorsqu'une personne, instituée sous condition, déclare que, à tout événement, elle répudie la succession. *Si quis sub conditione heres institutus est, cogendus est conditioni parere, si potest; aut si responderit se non aditurum, etiamsi conditio extiterit, vendenda erunt bona defuncti.* [3]

Quand le testament n'a pas indiqué un temps préfix dans lequel doit se produire la défaillance de la condition, les créanciers ont la faculté de faire imposer par le magistrat à l'héritier conditionnel, un délai pour prendre parti. Ce délai passé, l'héritier conditionnel, qui n'a pas arrêté sa détermination est réputé n'avoir jamais été héritier. [4] *Si bonorum*

1. L. 5. C. De bon. auct. jud., VII, 42.
2. L. 6. Pr. De reb. auct. jud., XLII, 5.
3. L. 1. Pr. De curat. bon. dand., XLII, 7.
4. L. 4. De rebus auct. jud., XLII, 5.

possessionem non admittat, sed conditionem trahat, cui facile parere possit (veluti si servum quem in potestate habeat manumiserit, nec manumittat), hic prætoris erunt partes, ut imitetur edictum suum illud quo præfixit tempus, intra quod adeatur hereditas. [1]

Même en cas d'acceptation par un institué, un héritier sien ou un *bonorum possessor*, les créanciers sont fondés à demander la *missio in possessionem*, si le représentant du défunt, n'offrant pas des garanties suffisantes de solvabilité, ne peut fournir caution. Le Préteur est libre d'ordonner que la caution soit fournie : il est appréciateur souverain de l'opportunité de cette mesure de sûreté. *Si creditores heredem suspectum putent, satisdationem exigere possunt pro suo debito reddendo ; cujus rei gratiâ cognoscere prætorem oportet, nec statim eum satisdationis necessitati subjicere debet ; nisi causa cognita constiterit prospici debere his qui suspectum eum postulaverunt.* [2] Si le Préteur reconnaît qu'il n'a été consenti aucune aliénation et que le seul grief des créanciers est la pauvreté du représentant du défunt, il se borne à ordonner qu'il ne soit pas porté atteinte à la consistance des biens de la succession. *Planè si doceatur nihil ex bonis alienasse, nec sit quod ei juste prætor paupertatem objiciatur, contentus esse prætor debet, ut jubeat eum nihil minuere.* [3] Le même texte, qui est d'Ulpien, ajoute que dans les cas où les créanciers n'auraient pas

1. L. 23, § 1, De hered. inst., XXVIII, 5.
2. L. 31. Pr. De reb. auct. jud., XLII, 5.
3. L. 31, § 4, ibid.

établi la pauvreté de l'héritier, celui-ci, à titre de réparation, pouvait les poursuivre par l'*actio injuriarum* pour les punir de leurs soupçons offensants.

SECTION II

QUI PEUT DEMANDER LA *MISSIO IN POSSESSIONEM*?

Il fallait que la *missio in possessionem* fût demandée au Préteur par un ou plusieurs créanciers. La demande formée par un seul profitait à tous. Le poursuivant était réputé le *negotiorum gestor* des autres. *Commodiùs dicitur, cùm prætor permiserit, non tam personæ solius petentis quàm creditoribus, et in rem permissum videri.* [1]

Ainsi, la *missio*, d'après ce texte, était accordée *in rem*. Ce terme signifie que le créancier, qui avait obtenu l'envoi en possession, était considéré comme ayant agi dans l'intérêt de tous : à telles enseignes que, eût-il été payé après la *missio*, les autres créanciers n'en étaient pas moins fondés à se prévaloir de la mesure ordonnée par le Préteur et à poursuivre la *venditio*. C'est pourquoi nous ne nous expliquons pas une constitution de Justinien, rapportée au Code, [2] où il est dit que les créanciers qui s'étaient tout d'abord abstenus de poursuivre,

1. L. 12. Pr. De reb. auct. jud., XLII, 5.
2. L. 10. C. De bon. auct. jud., VII, 72.

pourront se joindre au poursuivant à la condition de lui notifier leur qualité dans les deux ans de la *missio* s'ils habitent la même province et dans les quatre ans dans le cas contraire. Il leur est prescrit, en outre, pour jouir de cette faveur, de payer leur part dans les frais exposés, frais dont le poursuivant devait affirmer le montant sous serment.

S'il est vrai que la *missio* demandée et obtenue par un seul créancier profite à tous les autres, quel avantage ceux-ci pouvaient-ils trouver dans cette jonction ? Peut-être Justinien a-t-il voulu parler d'une subrogation dans les effets de la poursuite commencée puis suspendue par le poursuivant, soit par humanité, soit dans l'espérance d'obtenir paiement. La notification n'aurait été, dans cette interprétation, qu'une mise en demeure destinée à hâter la réalisation en deniers du patrimoine du débiteur.

La *missio in possessionem* n'était pas un mode d'acquisition lorsqu'elle était accordée *rei servandæ causâ*. Nous avons vu qu'il en était autrement de l'envoi en possession accordée à défaut de *cautio damni infecti*. On ne pouvait donc pas soutenir que le créancier poursuivant acquérait pour autrui, c'est-à-dire pour les autres créanciers. S'il en eût été ainsi, il y aurait eu violation de ce principe qu'on ne peut acquérir *per extraneam personam. Nec videtur libera persona adquirere alii ; quia nec sibi quicquam adquierit cui prætor permittit, sed aliquid ex ordine facit et ideo cæteris quoque prodest.* [1]

1. L. 12. Pr. De reb. auct. jud., XLII, 5.

Paul, à qui nous empruntons ce texte, ajoute qu'au cas où par impossible un tiers, qui ne serait pas créancier, obtiendrait la *missio,* l'envoi en possession serait sans effet.

Lorsque la *missio* était sollicitée par un créancier agissant *ex causâ judicati,* il va de soi qu'il fallait que ce créancier fût porteur d'une sentence judiciaire rendue à son profit. Mais nous savons que la *missio* pouvait être aussi prononcée sans que le juge eût été préalablement saisi par la formule, lorsque, par exemple, le débiteur cherchait à se dérober aux poursuites ou était décédé sans laisser aucun continuateur juridique de sa personne. Dans ces hypothèses, il suffisait que le créancier justifiât au Préteur de sa créance.

Dès lors, nous devons nous poser cette question : un créancier conditionnel ou à terme peut-il, en cas de *latitatio* ou de décès du débiteur sans représentant, demander la *missio in possessionem?* Ce point de droit ne laisse pas de présenter des difficultés. Nous avons, en effet, dans le Digeste, deux fragments attribués à Paul, dans lesquels ce jurisconsulte émet des opinions opposées.

Le premier texte est celui-ci : « *In possessionem mitti solet creditor, etsi sub conditione ei pecunia promissa sit.* »[1]

Le second texte est ainsi conçu : « *Creditor autem conditionalis in possessionem non mittitur : quia is mittitur qui potest bona ex edicto vendere.* »[2]

1. L. 6. Pr. Quib. ex caus. in poss., XLII, 4.
2. L. 14, § 2. *Ibid.*

La contradiction est manifeste. Faut-il la signaler en se contentant de dire que Paul a varié dans sa doctrine ? Ce serait une réponse mais non une explication. On a essayé de concilier ces deux passages de la compilation justinienne en prétendant que le créancier conditionnel ou à terme n'avait pas la faculté de prendre l'initiative d'une poursuite, mais qu'il pouvait profiter, dans le cas d'une demande introduite par un créancier pur et simple, du dividende mis à la charge du *bonorum emptor,* s'il y avait défaillance de la condition ou échéance du terme avant la distribution. C'était l'opinion de Doneau. D'autres commentateurs, comme Cujas et Pothier, accordaient au créancier conditionnel ou à terme le droit de demander la *missio,* sans toutefois se mettre en possession effective. Il y avait envoi en possession *sine effectu,* sans *pignus prætorium.* « *Si ergo initium spectes,* écrivait Cujas, *mittuntur ; si finem vel effectum, non mittuntur.* »

Est-ce bien là une conciliation de ces deux textes? Ce droit reconnu au créancier conditionnel ou à terme de participer au dividende est chose toute naturelle. La question n'est pas de savoir si ce créancier profite ou non de la *venditio,* mais de rechercher si le Préteur, saisi par lui seul, à défaut d'autres créanciers, d'une demande à fin de *missio,* doit accueillir la demande, par application du premier texte, ou la déclarer non recevable, par application du second.

Nous pensons que la solution à donner com-

porte une distinction. Quand le débiteur se cachait *fraudationis causâ,* le créancier conditionnel ou à terme devait être débouté de sa demande. Comment eût-il pu alléguer que la *latitatio* avait pour but d'échapper au paiement d'une dette non échue? Le Préteur devait au contraire statuer, si le débiteur était décédé sans laisser personne pour le représenter. Nous établissons cette distinction en nous fondant sur la combinaison des deux textes précités de Paul avec trois autres passages du Digeste.

Papinien s'exprime dans les termes suivants : « *Eo tempore, quo in peculio nihil est, pater latitat :* « *in bonorum possessionem ejus, rei servandæ* « *causâ, mitti non possum qui de peculio cum eo* « *acturus sum, quia non fraudationis causâ latitat,* « *qui, si judicium acciperet, absolvi deberet.*

« *Nec ad rem pertinet, quod fieri potest, ut dam-* « *natio sequatur ; nam et si in diem vel sub conditio-* « *ne debeatur fraudationis causâ non videtur lati-* « *tare tametsi potest judicis injuria condemnari.* »[1]

Il paraît bien démontré par ce texte de Papinien que si le débiteur se cache *fraudationis causâ,* le créancier à terme ou sous condition ne peut pas demander la *missio in possessionem.*

De son côté, Ulpien écrit : « *Si in diem vel sub* « *conditione debitor latitet, antequàm dies vel* « *conditio veniat, non possunt bona ejus venire.* »[2]

1. L. 50. Pr. De pecul., XV, 1.
2. L. 7, § 14. Quib. ex caus. in poss., XLII, 5.

Ce qui ressort de l'énoncé de cette proposition, c'est seulement l'interdiction faite au créancier conditionnel ou à terme de faire procéder à la *venditio* avant l'expiration du terme ou la défaillance de la condition. S'ensuit-il que ce créancier ne puisse réclamer la *missio?* Ulpien ne se prononce pas, mais nous estimons qu'on ne saurait répondre négativement dans tous les cas. Papinien professe, en effet, dans un autre texte qui a trait, non pas à la *missio in possessionem,* mais à la *separatio bonorum,* la doctrine suivante : « *Creditoribus quibus* « *ex die vel sub conditione debetur, et propter hoc* « *nondum pecuniam petere possunt, æquè separa-* « *tio dabitur quoniam et ipsis cautione communi* « *consuletur.* »[1]

Or, la *missio in possessionem,* dans le cas où le débiteur est décédé sans représentant, est une mesure purement conservatoire comme la *separatio bonorum.* Le débiteur meurt-il laissant des représentants ? le créancier conditionnel ou à terme demande la *separatio.* Le débiteur meurt-il, au contraire, sans laisser aucun représentant ? le créancier sollicite la *missio.* Les deux mesures, dans chacun de ces cas, tendent au même but : la sauvegarde des droits du créancier dont la créance n'est pas échue. Notre conclusion est donc que les deux textes de Paul ne sont pas contradictoires, mais qu'ils s'appliquent à des espèces différentes.

1. L. 4. Pr. De separ., XLII, 6.

SECTION III.

DES FORMALITÉS DE LA *MISSIO IN POSSESSIONEM.*

Nous avons à rechercher quel était le magistrat compétent pour accorder la *missio in possessionem* et dans quelle forme il devait statuer.

§ I. *De la compétence.* — La *missio* était prononcée par le magistrat qui avait nommé le juge lorsqu'il s'agissait d'une créance *ex causâ judicati.* Tel est le principe posé dans un rescrit d'Antonin le Pieux :[1] « *A divo Pio rescriptum est magistra-* « *tus populi romani ut judicum a se datorum vel* « *arbitrorum sententiam exequantur hi qui eos* « *dederunt.* » Si le magistrat n'était plus en fonction, la compétence appartenait à son successeur. Quand la créance n'avait pas pour cause un *judicatum,* on appliquait la règle : *actor sequitur forum rei.* La demande était portée devant le magistrat, dans le ressort duquel le débiteur avait son domicile. Le magistrat du lieu où l'obligation devait être exécutée était également compétent. *Venire bona ibi oportet, ubi quisque defendi debet, id est ubi domicilium habet aut ubi quisque contraxerit. Con-*

1. L. 4. De jurisd., II, 2.

tractum autem non utique eo loco intelligitur, quo negotium sit sed quo solvenda est pecunia. [1]

Le magistrat compétent, à raison du domicile ou du lieu de l'exécution de l'obligation, avait-il le pouvoir d'ordonner l'envoi en possession des biens existant hors du ressort? Paul opine pour la négative : « *Is qui possidere jubetur, eo loco jussus vide-* « *tur, cujus cura ad jubentem pertinet.* » [2] D'autre part l'édit portait : « *Si quis dolo malo fecerit,* « *quominus qui permisso meo ejusve cujus ea juris-* « *dictio fuit, in possessionem bonorum sit in eum in* « *factum judicium quanti ea res fuit ob quam in* « *possessionem missus erit, dabo.* » [3]

Le créancier qui avait obtenu la *missio* était donc protégé par l'interdit *ne vis fiat ei qui in possessionem missus erit* quand l'envoi en possession avait été prononcée non pas seulement par le Préteur mais encore par tout autre magistrat, *cujus ea jurisdictio fuit.* L'ordonnance de *missio* avait par conséquent, en principe, un effet général. Cependant nous sommes assez disposé à croire qu'elle devait être revêtue d'une sorte de formule d'*exequatur* par le magistrat du ressort où se trouvaient les biens.

Le droit d'accorder la *missio*, malgré les termes de l'édit, dérivait plutôt de l'*imperium* que de la *iurisdictio. In possessionem mittere imperii magis est quam jurisdictionis.* [4] Partant, les magistrats

1. L. 1-2-3. De reb. auct. jud., XLII, 5.
2. L. 12, § 1. De reb. auct. jud., XLII, 5.
3. L. 1. Pr. Ne vis fiat., XLIII, 4.
4. L. 4. De jurisd., II, 2.

municipaux ne pouvaient pas envoyer en possession : ils ne possédaient pas l'*imperium*. *Ea quæ magis imperii sunt, quàm jurisdictionis, magistratus municipalis facere non potest. Magistratibus municipalibus non permittitur bona rei servandæ causâ jubere possidere.* [1] Il fallait donc s'adresser au magistrat supérieur : c'était à Rome le Préteur et le gouverneur dans les provinces.

§ II. *De la procédure.* — Il reste à savoir maintenant comment devait statuer le magistrat compétent. Pouvait-il se prononcer *de plano* sur simple requête (*libellus*) ou par décret rendu sur le siège (*pro tribunali ?*) En un mot la *missio* rentrait-elle dans la juridiction gracieuse ou dans la juridiction contentieuse ? Cette question se résume à rechercher si le magistrat devait statuer *cognitâ causâ*. La *causæ cognitio* interdisait en effet l'emploi du *libellus : Omnia, quæcunque causæ cognitionem desiderant, per libellum expediri non possunt.* [2]

Il faut faire une distinction. Si le créancier se présente muni d'une sentence judiciaire, le magistrat n'a pas besoin de vérifier les prétentions du créancier. Il n'a, pour ainsi parler, qu'à donner à la sentence la force exécutoire qui lui manque : il peut donc statuer sur requête, *de plano*.

Mais dans tous les autres cas où la *missio* n'est pas demandée *ex causâ judicati*, le magistrat a le

1. L. 26. Pr. et § 1. Ad municip., L, 1.
2. L. 71. De reg. jur. ant., L. 27.

devoir d'examiner la réclamation du créancier : il doit connaître de la cause. Par suite, c'est *pro tribunali* qu'il statue. Les textes n'ont trait qu'aux deux hypothèses où le défendeur se cache ou bien est absent, mais nous pensons que, par analogie, on doit en faire l'application toutes les fois que le demandeur ne peut pas se prévaloir d'une décision du juge. *Si ad circumscriptionem tui juris latitat nec defenditur, et cùm tuum esse debitorem constat ad exemplum edicti, bonorum possessionem poteris impetrare.* [1]

SECTION IV.

DES BIENS COMPRIS DANS LA *MISSIO IN POSSESSIONEM.*

La *missio in possessionem* porte, en règle générale, sur l'universalité des biens du débiteur, car c'est cette universalité qui doit faire l'objet de la *venditio. Bonorum possessio spectatur,* dit Cicéron, *non in aliquâ parte sed in universis quæ teneri ac possideri possent.* [2] Les créanciers, néanmoins, ne pouvaient s'emparer des personnes libres placées sous la puissance du débiteur : la *missio* ne concernait que les biens. Il convient de signaler quelques

1. L. 9. C. De bon. auct. jud., VII, 73.
2. Cicér. Pro Quint. 29.

exceptions. On doit distraire de la vente et par suite de la *missio* les statues élevées sur les places publiques en l'honneur du débiteur et qui sont sa propriété. *Fufidius refert statuas in publico positas, bonis distractis ejus cujus in honorem positæ sunt, non esse emptoris bonorum ejus; sed aut publicas si ornandi municipii causâ positæ sint; aut ejus cujus in honorem positæ sint, et nullo modo eas detrahi posse.*[1] On excepte aussi l'esclave concubine et les enfants nés de son commerce avec le débiteur. *Bonis venditio excipiuntur concubina et liberi naturales.*[2] Enfin le pupille, dont les biens devaient être vendus, avait droit à des aliments qui étaient prélevés sur les biens saisis. La même faveur était réservée au *furiosus* et au prodigue.

Dans le cas d'une action réelle, la *missio* sollicitée à raison de l'absence non frauduleuse du débiteur, était restreinte à la chose litigieuse. Peu importait au créancier : la vente était ajournée jusqu'au retour du défaillant. Mais quand il y avait *latitatio,* la nécessité de la vente s'imposait : la *missio* devait donc s'étendre à tous les biens. Il en était de même si le créancier agissait en vertu d'une sentence du juge. Toutes les condamnations étant pécuniaires, le créancier eût-il eu à l'origine, une action réelle contre son débiteur, était armé, après la sentence, d'un droit qui n'était plus limité à l'immeuble litigieux.

En matière de *petitio hereditatis,* les biens héré-

3. L. 29. De reb. auct. jud., XLII, 15.
3. L. 38, *ibid.*

ditaires seuls étaient saisis même s'il y avait *latitatio. Celsus autem Sexto respondit : Si fundum, quem petere volo, Titius possideat, neque absens defendatur, commodius se existimare, in fundum possessione mittendum, quàm bona ejus possideri ; hoc adnotandum est non de latitante sed de absente. Idem Celsus existimat : Si is a quo hereditatem petere velim latitat, commodissime fieri posse, ut in possessionem mittar rerum quas pro herede, vel pro possessore possidet ; sed si dolo fecit quominus possideret, bona ejus possidenda et vendenda sunt.* [1] Le dol seul autorisait la vente en masse des biens du détenteur de l'hérédité.

SECTION V.

DE L'ADMINISTRATION DES BIENS DU DÉBITEUR.

Par la décision qui prononçait *extra ordinem* la *missio*, le magistrat ordonnait l'apposition d'affiches indicatives de la vente. Cette publicité avait pour but de provoquer les enchères des amateurs et d'informer les tiers du dessaisissement du débiteur ; elle devait précéder la *venditio* de trente ou de quinze jours : de trente jours, s'il s'agissait de vendre les biens d'un vivant ; de quinze jours seulement s'il fallait vendre les biens d'un mort. [2]

1. L. 7, §§ 17 et 18. Quib. ex. caus., XLII, 4.
2. Gaïus, III, § 79.

Ces délais étaient impartis pour permettre de donner satisfaction aux créanciers jusqu'au jour de la vente. Comme la *venditio* entraînait l'infamie, il était naturel qu'un plus long délai fût accordé en droit au débiteur vivant afin de lui épargner la flétrissure et les conséquences qui en étaient les suites rigoureuses. On était moins soucieux de la réputation et des intérêts des débiteurs décédés.

Pour les vivants, le délai commençait à courir du jour où la demande à fin de *missio* était portée devant le Préteur.

Le point de départ, pour la vente des biens des débiteurs décédés, était le jour où il était certain qu'il n'existait aucun représentant du défunt. De telle sorte, qu'en fait, la vente des biens des débiteurs décédés avait lieu après un délai plus long que celui qui devait précéder la vente des biens des débiteurs vivants : ce qui était un résultat absolument opposé à celui que croyait avoir prévu la législation.

Il n'était pas nécessaire que le créancier fût mis en possession effective des biens du débiteur. Il pouvait se présenter des circonstances rendant matériellement impossible cette possession. L'ordonnance de *missio* suffisait pour opérer le dessaisissement. *Creditor, qui in possessionem missus est, perinde habetur, ac si etiam possessa bona fuissent.*[1]

Toutefois lorsque le débiteur, *doli capax,* s'opposait de mauvaise foi, *dolo malo,* à la prise de

1. L. 13. De reb. auct. jud., XLII, 5.

possession, le créancier triomphait de sa résistance par l'interdit *Ne vis fiat ei qui in possessionem missus erit*, et, au besoin, par la réquisition de la force publique. Cet interdit protégeait également le créancier, envoyé en possession, contre les usurpations des tiers. L'inobservation de l'interdit permettait d'exercer contre l'auteur du dommage une action *in factum ;* le montant de la condamnation était évalué d'après l'importance du préjudice causé. *Quamtùm ejus interest possessionem habere tantum ei qui prohibuit condemnetur.*[1]

Cette action est pénale, seulement *ex parte rei*. Elle n'est recevable que pendant un an et ne peut être exercée contre les héritiers que *in id quod pervenit*. Si, par l'emploi de cette action, le créancier obtenait paiement de dommages-intérêts qui lui avaient été attribués, le débiteur était libéré et n'était plus tenu du montant de la première dette. *Puto,* dit Paul, *improbum esse eum qui velit iterum consequi, quod accepit.*[2] L'allocation des dommages-intérêts impliquait une substitution d'une dette à une autre et par conséquent novation.

Pendant la période comprise entre la *missio* et la *venditio,* les biens saisis étaient administrés soit par les créanciers, soit par un curateur.

§ I. *Administration par les créanciers.* — Lorsque le *missus* était seul créancier, c'était à lui qu'incombait le soin d'exercer sur les biens saisis les droits

1. L. 1, § 5. Ne vis fiat ei, XLIII, 4.
2. L. 51, § 1. De re jud., XLII, 2.

de garde et de surveillance. Quand il y avait plusieurs *missi*, ou que plusieurs créanciers étaient connus, tous pouvaient s'entendre pour donner à l'un d'eux mandat d'administrer. Les règles du mandat recevaient alors leur application. Les créanciers qui n'avaient pas pris part à cette nomination amiable d'un mandataire n'étaient pas liés par ses actes : ils n'avaient recours que contre les autres créanciers au moyen de l'action *negotiorum gestorum* si ceux-ci avaient connu leur créance et par une action *in factum* dans le cas contraire.

La *missio* prononcée, les envoyés en possession avaient la faculté, pour établir la consistance du patrimoine du débiteur, de dresser un inventaire. Le Préteur pouvait même les autoriser, lorsqu'ils avaient juré ne pas agir par esprit de chicane, *calumniæ causâ*, à procéder, mais une fois seulement, au récolement des objets inventoriés. [1]

Cet inventaire était une mesure conservatoire : ce n'était pas un acte d'administration proprement dit. Nous trouvons sur les pouvoirs attribués aux créanciers ou à leur mandataire de précieux renseignements dans Cicéron [2] et dans Ulpien. [3] Citer les textes serait trop long : contentons-nous de les analyser.

L'édit, rapporté par Cicéron, dispose que les biens saisis ne doivent pas être enlevés du lieu où ils se trouvent à moins d'absolue nécessité. Les immeubles

3. L. 15. De reb. auct. jud., XLII, 5.
1 Cicér. Pro Quint., 27.
2. L. 8 et 9. De reb. auct. jud., XLII, 5.

doivent être loués par les créanciers, s'ils ne le sont déjà, pour le temps que ceux-ci jugeront convenable ; ils peuvent même être vendus s'il y a avantage évident. Quand la vente a été consentie sans fraude par le débiteur avant la *missio*, l'aliénation peut être maintenue au gré des créanciers. Peuvent être loués et vendus également les marchandises, les esclaves, les bêtes de somme.

Si l'un des créanciers a touché des fruits et qu'il ne les restitue pas ou s'il a dégradé de mauvaise foi des objets compris dans la *missio*, il peut être poursuivi par le curateur au moyen d'une action *in factum*. Mais il peut, de son côté, user de la même action pour obtenir le remboursement des impenses qu'il a faites de bonne foi, ces impenses n'eussent-elles pas accru la valeur des biens saisis. Ulpien fait remarquer, à cette occasion, qu'il n'était pas recevable à invoquer l'action *negotiorum gestorum* : cette action ne compéte qu'à celui qui a administré la chose d'autrui. Or, les biens saisis sont communs à tous les créanciers indistinctement.

Le mandataire des créanciers rendant à ses co-intéressés un service purement gratuit, n'était pas tenu de sa faute : il n'était responsable que de son dol. En cela, sa responsabilité était moins grande que celle du créancier gagiste. *Eritque melior ejus conditio quàm in pignore creditoris, qui non tantùm dolum, verùm culpam quoque debet.* [1]

Un dernier détail nous est donné par Ulpien dans

1. L. 9, § 5. De reb. auct. jud., XLII, 5.

la même loi. Il indique que les créanciers *missi* n'étaient pas nourris sur les biens saisis. Cette indication n'est pas superflue, car le droit de prélever leurs frais de nourriture appartenait au *missus legatorum servandorum causâ* et à la *missa ventris nomine.*

§ II. *Administration par un curateur.* — Lorsque les créanciers ne tombaient pas d'accord sur le choix de l'un d'eux pour administrer les biens saisis, il y avait lieu de faire nommer un tiers *curator bonorum* ou sequestre judiciaire. Cette nomination était absolument indispensable lorsqu'il y avait des actions à exercer. *Creditore in possessionem rerum debitoris misso, curator constitui debet, si quædam actiones perituræ sint.* [1]

Les actions étaient données au curateur ou contre lui sous forme d'actions utiles, et, s'il se faisait représenter, c'était en son nom qu'étaient fournies les cautions *judicatum solvi* ou *de rato.*

Le curateur était chargé d'administrer suivant les règles édictées pour le créancier administrateur et sans avoir plus de responsabilité que lui. *Eadem causa est curatoris bonorum nam is tenetur ut creditores.* [2]

Le curateur était nommé par le magistrat sur la présentation de la majorité des créanciers. *Cùm plures creditores in possessionem rerum debitoris mittantur, ne corrumpantur rationes, uni hoc nego-*

1. L. 14. Pr. De reb. auct. jud., XLII, 5.
2. L. 9, § 5. *Ibid.*

tium a creditoribus esse dandum quem major pars creditorum elegerit.[1]

Personne ne pouvait être forcé d'accepter les fonctions de curateur, *neminem invitum cogendum fieri bonorum curatorem,* à moins qu'il n'y eût absolue nécessité et injonction de l'empereur. *Nisi et magna necessitate et imperatoris arbitrio.*

Les actes d'administration faits par le curateur engageaient tous les créanciers. *Quæque per eum qui ita creatus est, acta facta gestaque sunt, rata habebuntur.*[2]

Si le débiteur avait des biens d'une importance telle qu'un seul administrateur eût été insuffisant pour les gérer, le Préteur pouvait nommer plusieurs curateurs. Dans ce cas, les créanciers avaient une action *in solidum* contre chacun d'eux. *Si plures autem constituantur curatores Celsus ait in solidum creditores et agere et conveniri, non pro portionibus.*[3]

Mais, lorsque plusieurs curateurs avaient été désignés avec indication d'une région déterminée, leur responsabilité ne s'étendait qu'à la gestion des biens situés dans cette région. *Quod si per regiones fuerint constituti curatores, unus forte rei Italicæ, alius in provinciâ, puto regiones eos suas conservare debere.*[4]

Quand l'envoi en possession prenait fin soit par

1. L. 15. De reb. auct. jud., XLII, 5.
2. L. 2, § 1. De curat. bon. dand., XLII, 7.
3. L. 2, § 2. *Ibid.*
4. L. 2, § 2. *Ibid.*

la *venditio,* soit par le désintéressement des créanciers, le curateur devait rendre compte soit au *magister,* chargé de la vente, soit au débiteur qui avait acquitté ses dettes.

L'action qui appartenait au débiteur et au *magister* contre le curateur était l'action *negotiorum gestorum.* Le curateur, en effet, étranger à la masse des créanciers, ne gérait pas sa propre affaire. C'est en cela qu'il différait du créancier, chargé par les autres, de l'administration des biens saisis.

Il ne faut pas confondre le curateur avec le *magister,* chargé de la vente, dont parle Gaïus. Ce *magister* avait pour mission de faire procéder aux formalités de la *venditio,* mais n'était pas un administrateur. La confusion commise par certains commentateurs, et notamment par M. Tambour, vient du silence gardé dans le Digeste sur le *magister.* Ce silence s'explique aisément. Au temps de Justinien, la *venditio bonorum* n'existait plus : elle avait été remplacée par la *distractio bonorum* qui exigeait seulement le ministère d'un curateur. Il est donc probable que, dans la compilation justinienne, le mot *curator* est pris à plusieurs reprises pour le mot *magister.*

Les fonctions du *magister* et du *curator* étaient bien différentes.

Le *magister* n'était nommé que lorsque la *venditio* était inévitable. Or, il arrivait parfois que la *venditio* n'était pas une suite de la *missio.* C'est alors qu'il importait de désigner un curateur si les créanciers ne s'accordaient pas sur la désignation

de l'un d'entre eux ou s'il y avait des actions à exercer.

Le *magister,* en outre, n'était désigné qu'après l'expiration du délai de la publicité. Le curateur, au contraire, pouvait être choisi, le cas échéant, dès le lendemain même de la *missio.*

Enfin le curateur était proposé par les créanciers et nommé par le magistrat, tandis que le *magister,* tout au contraire, était nommé directement par les créanciers avec l'approbation du Préteur.

En résumé, lorsque Digeste parle d'un curateur chargé de la vente, c'est du *magister* qu'il s'agit. Quand il nous entretient d'un curateur, chargé d'administrer, ce qu'il dit s'applique au curateur proprement dit dont nous venons de rappeler les fonctions.

SECTION VI

DES EFFETS DE LA *MISSIO IN POSSESSIONEM*

§ I. *A l'égard du débiteur.* — La *missio* dessaisissait le débiteur en lui retirant, la plupart du temps, la détention matérielle de ses biens. Simple mesure de précaution, elle lui en laissait la propriété. *Cum bona possidere prætor permittit, non possidemus ; sed magis custodiam rerum et observationem nobis concedit.*[1] Il suit que l'usucapion ne

1. L. 26, § 1. De pignerat act., XIII, 17.

courait pas au profit des créanciers qui ne pouvaient user des interdits possessoires. Le terme *missio in possessionem* est en réalité un terme impropre, du moins lorsqu'elle est accordée *rei servandæ causâ*, car d'ordinaire la possession est une détention que l'usucapion transforme en *dominium. Creditores missos in possessionem rei servandæ causâ interdicto Uti possidetis uti non posse: et meritò, quia non possident.*[1] En un mot les créanciers n'étaient que des administrateurs dont le gage était géré soit par un sequestre conventionnel, soit par un sequestre judiciaire : ils n'avaient même pas la liberté d'expulser le débiteur de la maison qu'il habitait.

La législation se montrait moins dure envers les incapables qu'envers les débiteurs maîtres de leurs droits. Le pupille *indefensus* pouvait prétendre à des aliments sur les biens saisis : *diminutio ex his bonis fieri debet vescendi pupilli causâ.*[2] Cette faveur était sans doute également accordée au *furiosus* et au prodigue.

La *missio* donnait ouverture, au profit des créanciers, à l'action paulienne qui permettait de faire annuler les actes faits antérieurement par le débiteur quand ces actes avaient été faits en fraude de leurs droits. Nous examinerons ci-après cette question qui comporte des développements.

Pour défendre le débiteur malheureux contre les

1. L. 3, § 8. Uti possid., XVII, 17.
2. L. 33. Pr. De reb. auct jud., XLII, 5.

conséquences fâcheuses d'une *missio* injustement obtenue, on lui accordait l'action d'injure par laquelle il réclamait la réparation de poursuites vexatoires. *Injuria autem committitur si quis bona alicujus quasi debitoris, sciens eum nihil debere sibi proscripserit.* [1]

La *missio* entraînait la suspicion. Le débiteur était obligé de donner caution quand il comparaissait en justice. *Quarum satisdationum duplex causa est..... propter personam velut si bona a creditoribus possessa proscriptave sunt.* [2] De plus les tables d'Héraclée nous apprennent que, hors le cas de minorité ou d'absence pour le service de la République, le débiteur était déchu du droit d'exercer des fonctions municipales.

§ II. *A l'égard des créanciers.* — Indépendamment de la *custodia* et de l'*observatio*, les créanciers avaient, sur la fortune du débiteur, un droit de gage qu'on appelait *pignus prætorium*, lequel ne s'acquérait que par la possession effective des biens saisis. *Sciendum est, ubi jussu magistratus pignus constituitur, non alias constitui nisi ventum fuerit in possessionem.* [3] Ce droit de gage s'étendait sur tous les biens, corporels et incorporels, composant le patrimoine du débiteur, *non solum super mobilibus rebus et immobilibus, et se moventibus, sed etiam super actionibus quæ debitori competunt.* [4]

1. Gaïus, III, 220.
2. Gaïus, IV, 102.
3. L. 20, § 1. De pignerat. act., XIII, 17.
4. L. 1. C. De præt. pign., VIII, 22.

Au profit de qui ce droit de gage existait-il? On a prétendu que la *venditio bonorum* ayant pour but, comme la faillite dans notre législation commerciale, de maintenir l'égalité entre les créanciers, ce droit appartenait sans distinction a tous. Dans cette doctrine on ne considère pas l'époque de la naissance des créances. Que les créanciers soient antérieurs ou postérieurs a la *missio*, il n'importe. Les premiers ne sauraient avoir des avantages que n'auraient pas les autres.

Nous n'admettons pas cette opinion. Si les créanciers postérieurs a la *missio* avaient été admis dans la répartition du dividende de la *venditio* au même rang que les créanciers antérieurs, le débiteur eût pu aisément diminuer a sa volonté l'importance du gage que la *missio* avait pour utilité de mettre a l'abri. La *missio* prononcée, le gage est acquis a tous les créanciers antérieurs qui ont contre les autres un véritable droit de préférence, sans que, toutefois, les créanciers ayant obtenu auparavant des sûretés spéciales puissent être atteints dans leur situation privilégiée. Il est sans intérêt de rechercher s'il est nécessaire que tous ces créanciers aient la détention effective de la chose, c'est-a-dire qu'ils aient été tous envoyés en possession. Nous avons vu que l'envoyé en possession détenait pour les autres créanciers qui pouvaient aussi confier l'administration a l'un d'eux. La nomination d'un curateur ne faisait pas non plus obstacle au droit de préférence des créanciers antérieurs a la *missio*. Bref, la *pignus prætorium* nous rappelle

l'hypothèque prise en vertu de l'article 490 du Code de Commerce sur les biens du failli au profit de la masse des créanciers antérieurs à la faillite.

A l'époque classique, on avait discuté la question de savoir si la masse des créanciers antérieurs à la *missio*, représentée par le *missus*, un mandataire ou le curateur, pouvait revendiquer contre les tiers détenteurs les biens ayant fait l'objet de l'envoi en possession, si, en un mot, la *missio* conférait un droit de suite.

Nous ne trouvons, dans le Digeste, aucun texte nous faisant connaître les opinions provoquées par cette discussion. Nous savons seulement que Justinien, dans une constitution, trancha ce point controversé dans le sens de l'affirmative. *Humanius esse perspeximus, et in prætorio pignore dare recuperationem creditori, quocunque modo possessio amittat, culpâ sive suâ, sive non, sive fortuito casu.*[1] L'action donnée aux créanciers par Justinien n'était autre chose que l'action hypothécaire.

1. L. 2. C. De præt. pign., VIII, 22.

CHAPITRE TROISIÈME

DE LA *VENDITIO BONORUM*

Après avoir étudié les préliminaires de la vente, il nous reste maintenant à examiner la procédure et les effets de la vente elle-même qui dépossède le débiteur déjà dessaisi par la *missio in possessionem.*

L'ordonnance de *missio* était publiée au moyen d'affiches *(proscriptiones)* dont l'apposition dans les lieux les plus fréquentés, *in celeberrimis locis,* devait précéder la *venditio* de trente ou de quinze jours selon qu'il s'agissait des biens d'un débiteur vivant ou des biens d'un débiteur décédé. Nous nous sommes expliqué sur ces deux délais et sur leur computation. C'est pendant ce temps que les biens étaient administrés comme nous l'avons dit. Ces délais expirés, les mesures conservatoires étaient remplacées par des mesures plus énergiques: on entrait dans la période d'exécution.

SECTION Ire

PROCÉDURE DE LA *VENDITIO BONORUM*

Convoqués par le magistrat, les créanciers connus ou supposés étaient appelés à nommer un ou plusieurs syndics bien différents du curateur. Le syndic s'appelait ***magister***. Il est permis de conjecturer, en se fondant sur la paraphrase des Institutes de Théophile que la nomination du *magister,* qui intéressait les tiers, devait être portée à la connaissance du public par de secondes *proscriptiones. Ille debitor noster,* disaient les créanciers, *in eâ causâ est ut bona ejus divendi debeant. Nos creditores patrimonium ejus distrahimus : quicumque emere velit, adesto !*

Le décret nommant le *magister* était-il rendu par le Préteur *cognitâ causâ ?* Nous pensons que, pour trancher cette question, il faut renouveler les distinctions que nous avons faites à propos de la *missio :* nous y renvoyons.

Le *magister* était chargé de veiller à l'accomplissement des formalités de la *venditio,* de se mettre en rapport et de traiter avec les acheteurs. C'est lui qui devait rédiger le cahier des charges de la vente, la *lex bonorum vendendorum,* après une troisième convocation des créanciers. Un nouveau délai de trente ou quinze jours, au dire de Gaïus, devait

s'écouler entre la rédaction de la *lex bonorum vendendorum* et la vente. Le cahier des charges, ajouté aux affiches, indiquait pour mise à prix le dividende que l'*emptor bonorum* devait payer aux créanciers et contenait, avec la désignation des biens à vendre, l'énumération détaillée des créances.

Ea quicumque emerit, dit la traduction latine de la paraphrase de Théophile, *creditoribus in dimidiam partem eorum quæ ipsis debentur respondere debet sicut cui centum aurei debentur accipiat quinquaginta, et cui ducenti accipiat centum.*

Il est probable que le cahier des charges devait faire connaître les hypothèques grévant les biens à vendre. Les créanciers hypothécaires avaient en effet un droit de préférence qui subsistait après la vente et qu'ils pouvaient faire valoir contre les créanciers chirographaires. Il était donc fort important d'énoncer les hypothèques qui, à raison de leur clandestinité, pouvaient être pour l'acquéreur une cause de lésion grave.

On est porté à croire, encore bien qu'aucun texte ne corrobore cette opinion, que les créanciers hypothécaires ou autres, qui ne s'étaient pas fait connaître avant la rédaction du cahier des charges étaient déchus du droit de venir inquiéter le *bonorum emptor*. La mise à prix n'eût été en effet qu'un leurre s'il en eût été autrement. La publicité exigée pour arriver à la *venditio* devait certainement avoir pour but de provoquer la publicité des hypothèques. L'hypothèque occulte suppose toujours un procédé de purge. Nous trouvons ce procédé dans les *pros-*

criptiones et dans la publication du cahiers des charges.

Les biens étaient attribués à la personne qui offrait de payer le dividende le plus élevé aux créanciers chirographaires après paiement intégral des créances hypothécaires. A offres égales, on préférait le créancier et parmi les créanciers celui à qui était due la plus forte somme. Lorsqu'aucun créancier n'avait poussé les enchères, la préférence était accordée au parent du débiteur sur l'enchérisseur étranger. *Cum bona veneunt creditoris, in comparationem extranei et ejus qui creditor cognatusve; magis tamen creditor quam cognatus, et inter creditores potior is cui major pecunia celabitur.*[1]

Il pouvait se faire que la concurrence des enchères eût pour effet de faire adjuger les biens moyennant un prix supérieur au montant des créances. L'excédant, dans ce cas, revenait au débiteur. Théophile ne le dit pas parce que les biens vendus appartenaient ordinairement à des débiteurs insolvables dont le patrimoine était d'une valeur insuffisante pour couvrir l'intégralité des dettes, mais Ulpien affirme que cet excédant faisait retour au *furiosus,*[2] et Paul se prononce dans le même sens en ce qui concerne le pupille.[3] Nous croyons qu'on devait appliquer à tous les cas la décision de ces deux jurisconsultes.

La *venditio bonorum* devait-elle nécessairement

1. L. 16. De reb. auct. jud., XLII, 5.
2. L. 7, § 11. Quib. ex. caus., XLII, 4.
3. L. 6. Pr. De reb. auct. jud., XLII, 5.

se faire aux enchères publiques? Assurément, la vente à l'encan dont Cicéron, dans son plaidoyer *pro Quintio,* nous décrit les formalités, était le mode le plus en usage au moins dans les derniers temps de la République : cela était d'autant plus naturel que la *venditio* dérivait de la *sectio bonorum* dont elle n'était qu'une adaption prétorienne. S'ensuit-il que la vente amiable fût interdite ? La vente amiable pouvait être bien souvent plus avantageuse aux créanciers qu'une vente aux enchères. Pourquoi l'eût-on prohibée ? Théophile accorde au magister le droit de traiter sans formalités : *Et de cetero magister cum illis qui emere vellent contrahebat.*

Nous pensons que le mode de réalisation de l'actif du débiteur était subordonné à l'appréciation et aux convenances des créanciers. Aussitôt après sa nomination, le *magister*, jouant le rôle de vendeur, pouvait vraisemblablement vendre sans adjudication, sans *lex bonorum vendendorum,* à toute personne solvable, l'universalité du patrimoine du débiteur, et le prix, dont il était comptable, était réparti entre les créanciers.

SECTION II

DES EFFETS DE LA *VENDITIO BONORUM*

§ I. *A l'égard du bonorum emptor.* — Le *bonorum emptor* ne s'engageait pas envers les créan-

ciers. Il ne reconnaissait pour vendeur que le *magister* qui seul avait pouvoir de le poursuivre pour le contraindre à exécuter son contrat, c'est-à-dire à payer le dividende formant le prix de la vente. La plupart du temps, le *magister* avait les actions nécessaires pour arriver au recouvrement de ce prix. Mais comment les créanciers parvenaient-ils, en cas de résistance, à se faire payer par le *magister* qui avait touché le dividende pour leur compte?

Paul[1] nous apprend que les créanciers avaient contre celui-ci deux actions. Aux créanciers qui avaient pris part aux réunions préparatoires dans lesquelles le *magister* avait été nommé et le cahier des charges redigé, il accordait l'action *mandati;* à ceux qui, bien que convoqués, n'avaient pas assisté à ces réunions, il ne reconnaissait que l'action *negotiorum gestorum :* il considère que, dans cette hypothèse, le *magister* a dû avoir dessein de gérer leurs intérêts.

Que décider quant aux créanciers demeurés inconnus jusqu'après la *venditio ?* Ceux-là ne peuvent prétendre que le *magister* a été leur mandataire ou leur gérant d'affaires : le *magister* ne les connaissait pas, et eux, ils ignoraient que la procédure suivît son cours. Ils n'ont donc contre lui ni l'action *mandati* ni l'action *negotiorum gestorum.* Cela résulte d'ailleurs d'un texte de Julien : *nullam quidem actionem adversus curatorem* (lisons

1. L. 22, § 10. Mandat. vel contra., XVII, 1.

magistrum) habebunt.[1] Mais on leur donne toutefois contre les créanciers consultés sur la nomination du *magister* et sur la rédaction du cahier de charges une action *negotiorum gestorum* qui peut réfléchir contre le *magister*. Et dans le cas où les créanciers dont nous parlons sont restés inconnus aux autres, ils ont contre le *magister* une action *in factum* si la distribution des deniers n'a pas été consommée. Lorsque cette distribution est devenue un fait accompli, ils sont forclos : comment pourraient-ils avoir encore une action contre le *magister* qui n'a plus de fonds entre les mains, qui s'est libéré par la distribution ? L'action *negotiorum gestorum* contre les créanciers payés pourra néanmoins produire effet si ces créanciers, connaissant l'existence des créanciers impayés, se sont gardés, par collusion, de faire connaître les noms de ceux-ci au *magister*. C'est donc bien à tort, comme on le voit, qu'on a prétendu que les créanciers qui n'avaient pas assisté aux réunions préparatoires encouraient la forclusion par le seul motif de leur absence. Ils n'étaient forclos qu'à l'égard du *bonorum emptor*.

Le *bonorum emptor* était tout à la fois un successeur universel du débiteur et un acheteur soumis aux obligations nées du contrat de vente.

Sa qualité de successeur universel le faisait assimiler à un *bonorum possessor*. Mais il avait sur ce dernier ce désavantage de ne pas avoir une action

1. L. 5. De curat. bon. dand., XLII, 7.

générale rappelant la *possessoria hereditatis petitio.* Comme le *bonorum possessor,* il n'acquérait sur les choses corporelles que le domaine bonitaire : pour qu'il en devînt propriétaire *ex jure Quiritium,* il lui fallait l'usucapion. Le temps de l'usucapion ne commençait à courir pour lui que du jour où il avait la détention matérielle de la chose. Aussi, afin de le mettre en état d'usucaper, le Préteur lui accordait un interdit appelé *possessorium* semblable à l'interdit *quorum bonorum* donné au *bonorum possessor.* [1] *Bonorum quoque emptori similiter proponitur interdictum quod quidam possessorium vocant.* Cet interdit rentrait dans la catégorie des interdits *adipiscendæ possessionis ;* comme acquéreur d'une universalité, le *bonorum emptor* avait le droit de poursuivre le recouvrement des créances comprises dans le patrimoine qui lui avait été vendu. Comment exerçait-il les actions qui compétaient au débiteur déconfit et exécuté, du *defraudator ?*

Il y avait plusieurs moyens d'agir : il lui était permis d'abord d'exercer les actions du débiteur sous la forme d'actions fictices : à cet effet, il faisait figurer, comme l'eût fait un *bonorum possessor,* son nom, à lui créancier, dans l'*intentio* et dans la *condemnatio* de la formule. Cette action fictice s'appelait *serviana.* [2]

Une autre action, qui n'avait plus rien de fictice,

1. Gaïus, IV, § 145.
2. Gaïus, IV, § 35.

était aussi donnée au *bonorum emptor :* c'était l'action *rutiliana,* imaginée par le Préteur Rutilius, créateur et organisateur de la *venditio bonorum.*[1] Grâce à cette action, le *bonorum emptor* agissait *alieno nomine,* au nom du débiteur dont il était successeur universel. Le nom du débiteur était introduit dans l'*intentio* de la formule, mais celui de l'acquéreur figurait dans la *condemnatio.*

Cette action *rutiliana* était accordée contre le débiteur du *defraudator.* Mais, appartenait-elle aussi au créancier du *defraudator* contre le *bonorum emptor?* Ce créancier pouvait-il, à l'inverse de ce qui se passait dans le cas où l'acquéreur était demandeur, faire insérer le nom du *defraudator* dans l'*intentio* de la formule et celui de l'acquéreur dans la *condemnatio?*

Gaïus ne s'explique pas sur ce point, mais rien n'interdit de croire que l'action *rutiliana* était donnée par le Préteur tant en demandant qu'en défendant. Seulement, faisons remarquer que le *bonorum emptor* devait être rarement poursuivi par des créanciers du *defraudator,* puisque c'était au *magister* qu'incombait le soin de diriger les poursuites au nom de la masse des créanciers. Pour admettre cette hypothèse, il faut supposer le cas de créanciers à terme ou sous condition, dont la créance n'était pas échue à l'époque de la *venditio,* ou supposer que le *magister* refusait d'agir pour une cause quelconque. Les créanciers n'avaient

1. Gaïus, IV, § 86.

alors que des actions fictices contre le *bonorum emptor*. Il en était ainsi en matière de *bonorum possessio*. Mais, si le *bonorum possessor* devait payer dans leur intégralité les dettes du défunt, le *bonorum emptor* n'était tenu que d'acquitter le montant du dividende que, par la *venditio*, il s'était engagé à payer.

Le *bonorum emptor* avait le choix entre l'action rutilienne et l'action servienne, lorsqu'il s'agissait d'un débiteur vivant, mais il est à présumer qu'il ne pouvait user que de l'action servienne lorsque le débiteur était mort. [1]

Il devait avoir aussi l'action quasi-servienne contre tout possesseur des biens donnés en gage par le débiteur, et l'action publicienne, pour réclamer la chose qu'il avait commencé à usucaper au moment où il avait été privé de sa possession.

Que se passait-il lorsqu'une personne était à la fois débitrice et créancière du *defraudator?* Le *bonorum emptor*, soit qu'il employât l'action *serviana*, soit qu'il usât de l'action *rutiliana*, devait indiquer dans la *condemnatio* de la formule qu'il y avait lieu de déduire de la somme à lui payer le montant de la créance, cette créance fût-elle non échue ou de nature différente.

Bonorum emptor cum deductione agere debetur, id est, ut in hoc solum adversarius condemnetur quod super est, deducto eo quod invicem sibi defraudatoris nomine debetur. Item vocatur in deductionem

1. Demangeat. Cours élém. de dr. rom., II, p. 131.

et id quod in diem debetur : compensatur autem hoc solùm quod præsenti die debetur. [1]

Cette déduction ne devait pas être confondue avec la compensation que l'*argentarius* était forcé d'opérer, à peine de *plus petitio*, quand il réclamait le paiement de son compte. Le texte que nous venons de citer, indique une des nombreuses différences qui distinguent la *deductio* de la *compensatio*. Gaïus en relève d'autres qui n'ont pas trait à notre sujet.

Par suite de cette *deductio*, qui devait être faite, non dans l'*intentio* de la formule, comme la *compensatio*, mais dans la *condemnatio*, l'action devenait *incerta* encore qu'elle portât sur une somme d'argent déterminée. Il en résulte que si le demandeur ne faisait pas insérer la *deductio*, l'action ne pouvait pas être rejetée pour *plus petitio*. Le défendeur, condamné pour une somme trop forte aurait eu seulement le droit de faire modifier la formule qui le lésait, au moyen d'une *restitutio in integrum*.

Sur quelle somme le *bonorum emptor* devra-t-il faire porter la *deductio* ?

Il n'est tenu que d'un dividende : c'est donc ce dividende seul qu'il devra déduire du montant de sa réclamation. Bref, la personne qui était à la fois débitrice et créancière du *defraudator* restait tenu de sa dette entière et perdait une partie de sa créance. [2]

1. Gaïus, IV, § 65 à 68.
2. Accarias. Tome II, p. 1249, not. 1.

Cette dernière raison nous porte à croire que si, dans l'hypothèse inverse, le *bonorum emptor* était lui-même créancier du *defraudator*, il pouvait, en cas de poursuite du *magister* ou d'un créancier à terme ou sous condition, exiger que le poursuivant déduisît de la somme réclamée, non pas le montant intégral de la créance, mais seulement le dividende afférent à cette créance.

Supposons que Primus, *bonorum emptor*, se soit engagé à payer aux créanciers 50 pour %. Il est dû à Secundus, par le *defraudator*, 40 sesterces ; d'autre part Primus est créancier de Secundus de 20 sesterces, comme étant au droit du *defraudator* dont il est le successeur universel. Secundus poursuit Primus : sur quelle somme devra porter la *deductio* à faire dans la formule ? Si Secundus réclame et obtient 20 sesterces, c'est-à-dire la différence existant entre sa créance et sa dette, Primus paiera plus qu'il ne doit, puisque la *venditio* ne l'oblige à verser à Secundus que 50 % de sa créance. D'autre part, si l'on déduisait de la créance de Secundus, diminuée de 50 pour %, (soit 20 sesterces) le montant de sa dette, Primus n'aurait rien à payer, ce qui serait un résultat encore plus étrange. Nous estimons donc qu'il faut d'abord opérer la déduction comme si l'acquéreur avait à payer non pas un dividende, mais l'intégralité des créances, puis diviser le chiffre obtenu par le montant du dividende. Dans notre espèce, Primus doit 40 sesterces et Secundus 20. Il reste 20 sesterces qu'il faudra diviser par 2, par application du

dividende de 50 pour °/₀. En résumé, Primus n'aura à payer que 10 sesterces.

§ II. *A l'égard du débiteur.* — La *venditio bonorum* avait pour conséquence de rendre le débiteur *infamis.* Nous avons vu que la cession de biens l'affranchissait de cette flétrissure. Par l'infamie, il perdait le *jus suffragii,* le *jus honorum,* le *jus accusandi,* c'est-à-dire le droit d'exercer une action publique. De plus, il ne pouvait ni recevoir ni donner une procuration *ad litem.* Mais il conservait ses droits d'agnation, de gentilité et de patronage. L'infamie résultant de la *venditio* atteignait même la mémoire des débiteurs décédés. C'était pour éviter cette honte posthume que les maîtres insolvables instituaient un esclave héritier nécessaire. La vente avait lieu sous le nom de cet esclave qui, en échange de sa liberté, était frappé d'infamie à la place de son maître. Les Sabiniens n'admettaient pas cette conséquence *quia servus non suo vitio sed necessitate juris bonorum venditionem pateretur.* Mais, nous dit Gaïus, l'opinion des Sabiniens avait été repoussée. *Alio jure utimur.*

Dans le style littéraire, on appelait causes *capitales,* celles dont la perte entraînait l'infamie. Cicéron plaidant pour Quintius dit et répète qu'il défend la tête de son client *(caput).* Il nous parle de la mort qui va frapper celui-ci, des avides funérailles que mèneront, sous ses yeux, les enchérisseurs sans pitié de sa succession déclarée ouverte par la *missio.* « *Ex numero vivorum exurbatur.... ne perire qui-*

« *dem tacite obscurèque conceditur.... quâ lege et quâ* « *conditione pereat.... huic acerbissimum vivo viden-* « *tique funus dicitur.* »[1] Ce ne sont là que d'éloquents effets d'audience provoqués par une argumentation de sentiment.

Dans la circonstance, Cicéron, emporté par la fougue d'une jeunesse exubérante, ne parlait pas en jurisconsulte, mais en défenseur passionnément jaloux des intérêts de son client au service duquel il apportait toutes les prosopopées de sa faconde de Latin. L'infamie entraînait la perte de l'*existimatio* mais jamais la *capitis deminutio*, ni la grande, ni la moyenne, ni la petite.

Tertullien parlant de l'infamie qui atteignait les comédiens de son temps, emploie, sans plus de raison que Cicéron, l'expression de *capitis deminutio* : « *Manifeste damnant ignominiâ et capitis demi-* « *nutione, arcentes curiâ, rostris, senatu, equite* « *cæterisque honoribus.* »[2]

Modestin nous met en garde contre les exagérations du style littéraire : « *Licet capitalis latinè* « *loquentibus omnis causa existimationis videatur,* « *tamen appellatio capitalis mortis vel amissionis* « *civitatis intelligenda.* »[3]

Aucune action *ex antè gesto*, c'est-à-dire à raison des actes antérieurs à la *missio in possessionem*, ne pouvait être donnée au débiteur : en sa qualité de successeur universel, le *bonorum emptor* était subrogé

1. Cicér. Pro Quintio, 15.
2. Tertullien. De spectaculis, 22.
3. L. 103. De verb. signif., XL, 16.

dans ses droits. Nous en trouvons la preuve dans ce texte de Papinien :[1] « *Si bona patroni venierunt,* « *operarum quæ post venditionem præterierint, actio* « *patrono dabitur ; et si alere se possit ante venditio-* « *nem præteritarum non dabitur, quoniam ex ante* « *gesto agit.* » Le débiteur n'avait pas le droit de réclamer les services qu'il avait demandés à son affranchi avant la vente, mais ceux que celui-ci lui rendait après la vente, étaient acquis comme constituant une créance personnelle, dérivant du droit de patronage que la *venditio* n'avait pas fait perdre au débiteur.

Réciproquement, la *venditio bonorum* libérait-elle le débiteur des obligations qu'il avait antérieurement contractées? Pouvait-on, de ce chef, agir contre le débiteur, *ex ante gesto?* Cette question provoque une controverse née de l'antinomie de deux textes.

Quia nulla actio in eum ex ante gesto post bonorum venditionem daretur, dit Venuleius qui rapporte cette opinion en la combattant, *et iniquum esset actionem dari in eum cujus bona ablata essent.*[2]

D'autre part, Gaïus nous dit : « *Quum cæterorum hominum quorum bona venierint pro portione* (moyennant le paiement d'un dividende) *si quid postea acquirant, etiam sæpius eorum bona venire soleant.* »[3]

M. Etienne prétend concilier ces deux textes en

1. L. 40. De oper. libert. XXXVIII, 1.
2. L. 25, § 7. Quæ in fraud. cred., XLII, 8.
3. Gaïus, II, 155.

disant qu'aucune action *ex ante gesto* proprement dite, n'était donnée contre le débiteur, mais que si l'on vendait de nouveau les biens acquis par celui-ci depuis la première *venditio*, cette seconde vente n'était que l'appendice et la continuation de l'exécution précédente. [1]

En résumé, l'obligation du débiteur était éteinte par la *venditio*, mais cette extinction n'emportait libération qu'à défaut d'acquisition de nouveaux biens. Dans ce cas d'acquisition, le droit du créancier revivait. Il en était de même lorsqu'il y avait eu cession de biens. Le débiteur n'était libéré qu'après avoir intégralement payé. *Qui bonis cesserunt, nisi solidum creditor receperit, non sunt liberati.* [2] Mais encore fallait-il que les acquisitions nouvelles fussent de quelque importance. Au surplus le débiteur jouissait du bénéfice de compétence.

SECTION III.

DE L'ACTION PAULIENNE CONSIDÉRÉE DANS SES RAPPORTS AVEC LA *VENDITIO BONORUM*.

Les actes juridiques faits par le débiteur au cours de la période comprise entre la *missio in possessionem* et la *venditio* étaient nuls de plein droit : la *missio* l'avait dessaisi de son patrimoine ; il ne

1. Etienne. Inst. de Just., I, p. 575.
2. L. 1. C. Qui bon. ced. poss., VII, 71.

pouvait donc plus s'engager. Aucune action n'était reconnue à la personne envers laquelle il s'était obligé ; d'ailleurs la publicité donnée à la *missio* en avertissant les tiers du *dessaisissement* faisait présumer un concert frauduleux. *Ait prætor : quod postea contractum erit quam is cujus bona venierunt, consilium receperit fraudare, sciente eo qui contraxerit, ne actio eo nomine detur.* [1]

Quant aux actes accomplis antérieurement à la *missio*, ils pouvaient être annulés lorsqu'ils étaient préjudiciables à la masse des créanciers Avant de rédiger le cahier des charges qui devait contenir l'énumération des créanciers et la désignation des biens à vendre, il était nécessaire d'examiner la cause, la nature et le montant des créances, comme aussi d'établir la consistance du patrimoine soumis aux enchères. Le débiteur, pour se tirer d'une situation désespérée, avait pu contracter des emprunts fictifs, consentir des hypothèques de complaisance, simuler des gages, faire des aliénations à vil prix, ou bien par pure dissipation, donner tout ou partie de sa fortune.

C'était pour protéger les créanciers contre les fraudes et les dissipations, que le Préteur avait créé l'action Paulienne, applicable à toute espèce d'actes suspects. *Ait prætor : quæ fraudationis causâ erunt cum eo qui fraudem non ignoraverit, de his curatori bonorum vel ei cui de eâ re actionem dare opportebis, intra annum quo experiundi potestas fuerit, actio-*

1. L. 25. De reb. auct. jud., XLII, 5.

nem dabo : idque etiam adversùs ipsum qui fraudem fecit servabo. [1]

L'action était exercée soit par le mandataire des créanciers, nommé par eux après la *missio,* soit par le *curator bonorum,* soit par le *magister.* Arbitraire et *in factum,* elle n'était donnée que pendant une année utile, dont le point de départ était le jour de la *venditio. Annus hujus in factum actionis computabitur ex die venditionis bonorum.* [2]

Après l'expiration de l'année utile, le demandeur ne pouvait plus obtenir qu'une condamnation proportionnée à l'enrichissement du défendeur.

Sans entrer dans l'étude de l'action Paulienne, qui est hors de notre sujet, nous devons signaler très brièvement les conditions exigées pour qu'elle pût être donnée. Il fallait d'abord que les créanciers eussent subi un préjudice, c'est-à-dire que le débiteur eût diminué son patrimoine directement ou par son inaction ; il était nécessaire encore que l'acte attaqué, du moins lorsqu'il s'agissait d'un contrat à titre onéreux, fût le résultat d'une collusion entre les parties contractantes ; enfin l'acte devait avoir accru le patrimoine du défendeur. Quand le débiteur avait simplement négligé de s'enrichir, par exemple, en répudiant une succession qui lui était échue, l'acte était inattaquable.

Si la *venditio bonorum* produisait un prix suffisant pour acquitter toutes les dettes, l'action n'était pas

1. L. 1. Pr. Quæ in fraud. credit., XLII, 8.
2. L. 10, § 18. *Ibid.*

recevable, car les créanciers ne pouvaient arguer d'aucun dommage.

Un acte à titre gratuit faisait-il grief aux créanciers, il suffisait qu'ils justifiassent d'un préjudice *(eventus damni)*, sans avoir à prouver la mauvaise foi de celui qui avait bénéficié de la libéralité ; encore celui-ci ne pouvait-il être condamné que dans la limite de son enrichissement. Le *consilium fraudis* devait, au contraire, être établi pour l'annulation d'un acte à titre onéreux.

L'action était accordée non-seulement contre celui qui avait traité avec le débiteur, mais encore contre les sous-acquéreurs s'ils avaient connu le vice de fraude dont était entaché le premier contrat.

Le titre de Digeste *Quæ in fraudem creditorum*, nous apprend que l'action Paulienne se donnait notamment contre les libérations *acceptilatione vel pacto*, les obligations, les prêts, la péremption d'une instance, la libération *tempore* du débiteur, la perte d'un usufruit ou d'une servitude, les constitutions de dot, les garanties fournies pour des dettes antérieures.

Si le débiteur avait acquitté avant la *missio* une dette exigible, aucun recours ne pouvait être exercé contre le créancier désintéressé qui avait usé de son droit en se faisant payer.

Il en était autrement si le débiteur avait payé des dettes non échues : le paiement était annulable, et le créancier devait rapporter, à la masse active, le montant de ce qu'il avait touché, tout en conservant

le droit de participer à la distribution du dividende pour la somme qu'il avait dû ainsi restituer.

La *datio in solutum*, malgré l'avis contraire des Proculiens, était considérée comme un paiement, et était régie par les mêmes règles quant à la restitution.

SECTION IV.

DISPARITION DE LA *VENDITIO BONORUM*.

Nous avons vu la *missio in possessionem* remplacer la *pignoris capio* et la *sectio bonorum* quand les actions de la loi furent tombées en désuétude. Nous voyons de même la *venditio bonorum* disparaître avec le système formulaire ; elle fait place au *pignus ex causâ judicati captum*, et à la *distractio bonorum*, qui n'exigent qu'une saisie partielle : dans ce dernier état du droit, il n'y a plus de dessaisissement général des biens.

§ I. *Du pignus ex causâ judicati captum.* — La *venditio bonorum* était une procédure longue et compliquée, trop rigoureuse pour le débiteur qu'elle notait d'infamie, et ne défendant pas suffisamment les créanciers contre les entreprises des spéculateurs qui faisaient métier de revendre en détail ce qu'ils avaient acquis en masse. Elle rendait nécessaire, en outre, dans la pratique, un accord entre les créanciers, accord bien difficile à obtenir de gens dont les

intérêts lésés étaient en jeu. Ajoutons enfin que cette procédure, exigeant trois fois l'intervention du magistrat, devenait, pour les habitants des provinces, d'un emploi très difficile. On sait, en effet, que les gouverneurs des provinces — lesquels remplissaient dans leurs gouvernements les fonctions de Préteur urbain, — ne tenaient de sessions judiciaires que fort rarement dans les localités les plus importantes. Ces sessions étaient désignées sous le nom de *conventus*. Une *venditio bonorum* durait donc pendant trois sessions. Comment, dès lors, empêcher pendant un aussi long délai la dépréciation des biens à vendre et maintenir la bonne harmonie entre les créanciers? Il n'est donc pas surprenant que la *venditio bonorum* ait peu à peu disparu des mœurs. On la conserva seulement pour sévir contre les insolvables et les *indefensi*. Quand il ne s'agissait que de triompher de la résistance d'un débiteur présentant quelque solvabilité, on usa d'un mode de contrainte beaucoup plus rapide.

Le Digeste nous rapporte un texte de Callistrate reproduisant un rescrit d'Antonin le Pieux, lequel permet d'accorder des délais de grâce aux débiteurs et de vendre leurs biens à défaut de paiement dans les deux mois de l'expiration de ce terme.

His qui fatebuntur debere, aut ex re judicatâ necesse habebunt reddere, tempus ad solvendum detur, quod sufficere pro facultate cujus que videbitur. Eorum qui intra diem vel ab initio datum, vel ex eâ causâ postea prorogatum sibi non reddi-

derint, pignora capi : eoque, si intra duos menses non solverint, vendantur ; si quid ex pretiis supersit, reddatur ei cujus pignora vendita erant.[1]

Ulpien, de son côté, à propos de la comparution devant le Préteur de la femme soupçonnée de vouloir cacher sa grossesse, nous dit : « *Cogenda* « *igitur remediis prætoris, et in jus venire et si* « *venit respondere ; pignoraque ejus capienda et dis-* « *trahenda, si contemnat, vel multis coercenda.* »[2]

Le premier texte attribue la création de ce que les commentateurs appellent le *pignus ex causâ judicati captum* à Antonin le Pieux ; le second texte en fait une création prétorienne. Il n'y avait plus vente d'une universalité, mais saisie spéciale de certains biens exécutée par les agents du magistrat, les *apparitores* et les *officiales*. On saisissait d'abord les meubles, à défaut de meubles, les immeubles et subsidiairement les créances, *res mobiles, animales, pignora soli, jura.*[3] Cette saisie conférait un droit de gage. *Res ob causam judicati datas ejus jussu, cui jus jubendi fuit, pignoris teneri, ac distrahi posse, sæpè rescriptum est.*[4] Par ce fait de la spécialité de la saisie, ce droit de gage appartenait seulement au créancier saisissant, mais ce n'était pas à lui qu'incombait le soin de procéder à la vente. Cette vente était faite par les agents du magistrat au comptant et par adjudication

1. L. 31. De re jud., XLII, 1.
2. L. 1, § 3. De inspisc. ventre., XXV, 6.
3. L. 15, § 2. De re judic., XLII, 1.
4. L. 1. C. Si in caus. judic., VIII, 23.

publique. *Si pignora veneant per apparitores prætoris extra ordinem, sententias sequentes, nemo unquam dixit dandam in eos actionem re evictâ.*[1]

S'il n'y a pas d'enchérisseur ou si les enchères portées sont insuffisantes, le créancier saisissant peut être déclaré adjudicataire.[2] Il lui est permis de se faire attribuer par le Préteur avec l'autorisation de l'empereur, la chose à vendre pour l'intégralité de sa créance à titre de *datio in solutum.* Dès lors, le débiteur se trouve libéré. Le créancier avait donc plus d'intérêt à se faire déclarer adjudicataire, puisqu'il conservait son recours pour la différence entre le prix d'adjudication et le montant de sa créance.

Il y a doute sur le point de savoir si la garantie était due pour cause d'éviction dans la *venditio bonorum.* Ce doute n'existe pas en ce qui concerne le *pignus ex causâ judicati captum.* Le débiteur devait garantir jusqu'à concurrence du prix et des intérêts de ce prix, déduction faite des fruits perçus par l'acheteur jusqu'au jour de l'éviction. *Si jussu judicis rei judicatæ pignus captum per officium distrahatur post evincatur, ex empto contrà eum qui pretio liberatus est, non quanti interest, sed de pretio duntaxact ejusque usuris, habitâ ratione fructuum dabitur : scilicet si hos ei cui evicit restituere non habebat necesse.*[3]

1. L. 50. De evict., XXII, 1.
2. L. 2. C. Si in caus. jud., VIII, 23.
3. L. 74, § 1. De evict., XXII, 1.

§ II. *De la distractio bonorum.* — Le *pignus ex causâ judicati captum* était une *venditio* limitée quant à ses effets et modifiée quant à sa procédure, mais c'était toujours une *venditio* ayant pour conséquence l'infamie du débiteur. Cette mesure d'exécution, propre à assurer les droits du créancier saisissant, sacrifiait au demeurant les intérêts des autres, notamment lorsque le saisissant se faisait attribuer en paiement la chose soumise au *pignus*.

La *distractio*, outre qu'elle sauvegardait l'*existimatio* du débiteur, respectait mieux les droits de tous les créanciers. Elle était en usage en même temps que la *venditio* à laquelle elle s'est en définitive substituée. Elle consistait dans la vente en détail du patrimoine du débiteur. N'entraînant pas la note d'infamie, elle fut tout d'abord réservée pour les débiteurs de qualité. Aussitôt après la *missio*, un curateur était nommé par le Préteur ou le président de la province. La vente était faite, soit par ce curateur, soit par les créanciers ou leur mandataire.[1] Les délais entre la *missio* et la vente étaient portés à deux ans, quand les débiteurs habitaient la même province que les créanciers, et à quatre ans dans le cas contraire. Les créanciers ne recouraient plus qu'une fois au magistrat pour obtenir l'autorisation de vendre. *Curator ex S. C. constituitur cùm clara persona (veluti senatoris vel uxoris ejus) in eâ causâ sit, ut ejus bona venire*

1. L. 10. C. De bon. auct. jud.

debeant.[1] Le choix du curateur, bien que fait par le magistrat, devait être néanmoins confirmé par la majorité des créanciers, *ex majore parte creditorum.*[2]

Un texte nous apprend[3] que les créanciers avaient, dans certains cas que l'on ignore, l'option entre la *venditio* et la *distractio,* mais que, cette option une fois faite, ils n'étaient plus libres d'employer la voie qu'ils avaient abandonnée : *Ita cùm alterum elegerint, altero abstinere debent.* Lorsque le prix de la vente était supérieur au montant des créances pour le paiement desquelles la poursuite avait eu lieu, l'excédant était mis en dépôt, par le *tabularius,* dans une église, sauf à le remettre aux créanciers qui se présentaient après la distribution.

Après la *venditio,* l'*emptor bonorum* exerçait tous les droits qui compétaient au *defraudator,* lequel, par suite, ne pouvait obtenir aucune action pour actes antérieurs à la *missio in possessionem :* il est vrai que, réciproquement, on ne pouvait davantage agir contre lui.

Il n'en était pas ainsi, croyons-nous, après la *distractio bonorum.* Quand le produit de la vente des objets mis en adjudication avaient été suffisants pour désintéresser les créanciers, le débiteur conservait tous ses droits antérieurs et pouvait agir *ex ante gesto.* Un texte, à la vérité, le dénie

1. L. 5. De curat. bon. dand., XXVII, 10.
2. L. 2. Pr. *Ibid.*
3. L. 9. De curat. fur., XXVII, 10.

formellement,[1] mais il est probable qu'il a trait à l'hypothèse où le débiteur est insolvable et où le prix de la vente n'a pas été assez élevé pour désintéresser les créanciers.

Nous comprenons bien que, pour le débiteur, la *distractio* était préférable à la *venditio*. Mais, pour le créancier, qu'importait le mode d'exécution ? Peut-être la *distractio* provoquait-elle plus facilement les enchères parce qu'elle s'appliquait à des biens déterminés et non à une universalité. Toujours est-il néanmoins que, en cas d'insuffisance du prix d'adjudication, il y avait lieu, comme pour la *venditio*, à une répartition proportionnelle entre les créanciers; il fallait donc, dans ce cas, poursuivre une nouvelle *distractio* pour arriver au paiement du reliquat des dettes.

Nous avons passé en revue les divers modes d'exécution dont la législation romaine consacrait l'usage en matière civile. Qu'il nous soit permis, en terminant, d'avouer modestement que nous avons peine à comprendre le reproche de rigueur et de cruauté qu'on lui fait à ce sujet.

Si nous laissons de côté les dispositions de la loi des Douze-Tables, inspirées par les mœurs encore barbares d'un peuple assujetti à l'influence d'une aristocratie jalouse de lui imposer la toute-puissance de sa richesse et de sa domination politique, que

1. L. 4. De curat. bon. dand., XXVII, 10.

voyons-nous qui doive nous révolter dans la *pignoris capio*, dans la *sectio bonorum*, dans la *venditio*, dans la *distractio* ?

La *venditio bonorum* avait-elle pour le débiteur des effets plus terribles que notre faillite ? La saisie-immobilière, la saisie-exécution, la saisie-gagerie, la saisie-brandon, font-elles à celui-ci, dans nos lois, un sort préférable ? Le plaidoyer de Cicéron, *pro Quintio* est une page éloquente qui pourrait enflammer un avocat contemporain, chargé de défendre les intérêts d'un failli ou d'un débiteur exécuté, si la déclamation était encore de mise à la barre de nos tribunaux civils et consulaires ; il est toujours si aisé d'appeler l'intérêt sur le débiteur, et de rendre odieux le créancier ! Pour l'un, la pitié, la miséricorde, les larmes ! *res sacra miser!* Pour l'autre, tous les mépris et toutes les indignations. Malgré nous, nous prêtons l'oreille aux préjugés des écrivains littéraires, dont les idées ont imprégné notre éducation classique. Et cependant, croit-on, que dans l'éternelle lutte du créancier et du débiteur, — lutte pour laquelle la loi donne à chacun des armes, — le bon droit soit toujours le partage du débiteur ? La pratique des affaires apprend, au contraire, que le nombre des créanciers trompés par leurs débiteurs de mauvaise foi, est aussi grand, si ce n'est davantage, que celui des débiteurs jetés dans la misère par leurs créanciers.

Enlever au créancier le moyen de faire respecter les engagements pris envers lui, n'est-ce pas ruiner le crédit du débiteur lui-même ? En multipliant les

voies d'exécution, on rend plus faciles les transactions qui sont la source de la vie économique des sociétés. Que les lois soient humaines, mais non pas empreintes d'une commisération dissolvante : c'est ce sentiment déplorable qui, en France, a fait abolir la contrainte par corps en matière civile : réforme anti-démocratique, s'il en fût jamais, puisqu'elle a eu pour effet d'enlever tout crédit au citoyen qui, n'ayant pour fortune que son travail, son courage, son intelligence, pouvait offrir du moins sa liberté en garantie de ses obligations.

Plus on approfondit la législation de l'ancienne Rome, plus on admire avec quel soin et quelle honnêteté scrupuleuse elle cherchait à maintenir chacun dans ses droits et à lui en assurer l'exercice. *Alterum non lædere, suum cuique tribuere,* c'était bien là, résumée en axiomes, la règle de conduite des jurisprudents : ils ne s'en sont pas départis quand ils ont sanctionné par des mesures d'exécution, imparfaites mais équitables, les droits des créanciers contre les débiteurs.

DROIT FRANÇAIS

DE LA SURENCHÈRE

On peut définir la surenchère l'acte par lequel on requiert, en offrant un supplément de prix, la revente aux enchères d'une chose qui a fait précédemment l'objet d'une aliénation judiciaire ou amiable, à la charge de demeurer adjudicataire si aucun autre enchérisseur ne vient couvrir la mise à prix formée du prix de la première vente augmenté du supplément offert.

La surenchère a pour but d'obvier à la vileté du prix qui peut résulter soit de la surprise ou de la fraude, soit du hasard des enchères.

Elle n'a été admise que par exception dans la vente de certains meubles incorporels et corporels.

Le préjugé de notre ancien droit, *vilis mobilium possessio*, a inspiré au législateur de nos codes cette idée, devenue fausse aujourd'hui, que la propriété et la translation des meubles méritent, à un moins haut degré que celles des immeubles, sa sollicitude.

Les articles 25 et 26 du Code forestier, promulgués en 1827, reproduisant une disposition de 1669, autorisaient néanmoins la surenchère du cinquième, dans les vingt-quatre heures, en matière d'adjudication de coupes de bois. Mais, ces deux articles ont été abrogés par la loi du 4 mai 1837. « Toute adjudication, dit le nouvel article 25, sera « définitive du moment où elle sera prononcée, « sans que, dans aucun cas, il puisse y avoir lieu à « surenchère. » Cette faculté de surenchérir tournait évidemment au préjudice de l'administration. « Les marchands de bois, disait le rapport de M. « d'Haubersaert, à la Chambre des Pairs, réunis « au moment de la vente qui ne devenait pas défi- « nitive le jour même, avaient pu se connaître et « s'entendre; et, alors même qu'ils n'étaient pas « tombés d'accord immédiatement, plusieurs d'en- « tre eux évitaient de prendre part à l'adjudication, « rassurés qu'ils étaient par la faculté de surenché- « rir autorisée par la loi. Le concert frauduleux « devenait dès lors plus facile ; l'adjudicataire « achetait de ses concurrents leur renonciation à « la surenchère, ou bien, au contraire, il leur « vendait son marché et recevait d'eux le prix de « son silence. »

La surenchère était également admise autrefois

en matière d'adjudication du droit de pêche concédé par l'Etat dans les cours d'eau navigables et flottables. L'ancien article 19 de la loi du 15 avril 1829 sur la pêche fluviale permettait à toute personne reconnue solvable de faire, jusqu'à l'heure de midi du lendemain de l'adjudication, une surenchère qui ne pouvait être inférieure au cinquième du prix.

La loi du 6 juin 1840, conçue dans un esprit tout différent, est venue supprimer cette faculté de surenchère. L'expérience avait démontré que, dans ces adjudications, comme dans les adjudications de coupes de bois, la certitude de pouvoir surenchérir déterminait le plus souvent une abstention générale au jour des enchères et permettait d'organiser systématiquement les fraudes que le Code forestier avait voulu prévenir.

Il n'y a plus guère qu'un seul cas où la surenchère mobilière soit autorisée : c'est celui où des bâtiments de mer ont été l'objet d'aliénations volontaires. Cela résulte des articles 20 et suivants de la loi du 10 juillet 1885, qui a modifié celle du 10 décembre 1874 sur l'hypothèque maritime. Mais, dit l'article 29, la surenchère n'est pas admise en cas de vente judiciaire. Il y a controverse sur la question de savoir quelles sont les ventes maritimes qui doivent être considérées comme judiciaires.

Les adjudications après saisie de rentes constituées sur particuliers, soit en perpétuel, soit en viager, qui sont réputées meubles lorsqu'elles ont été consenties moyennant un capital déterminé,

sont peut-être aussi susceptibles de surenchère.

Pour la vente publique des autres meubles, nous ne croyons pas que la surenchère puisse être admise, même si elle avait été autorisée par des conventions spéciales ou un contrat judiciaire. [1]

En résumé, dans le dernier état de notre droit, la surenchère n'est recevable que dans les ventes d'immeubles et dans les ventes de bâtiments de mer.

Nous avons donc à étudier, dans cette deuxième partie de notre travail, les diverses espèces de surenchères immobilières et la surenchère maritime.

Les surenchères immobilières sont au nombre de trois, savoir : 1° la surenchère du sixième après adjudication judiciaire ; 2° la surenchère du dixième par les créanciers inscrits après aliénation volontaire ; 3° enfin, la surenchère du dixième après faillite ; celle-là, toute spéciale, tient à la fois de la surenchère après adjudication judiciaire et de la surenchère par les créanciers inscrits.

En dernier lieu, nous étudierons très brièvement la surenchère maritime.

1. Cassat. 18 mars 1857. D. P. 1857, 1, 121.

CHAPITRE PREMIER

DE LA SURENCHÈRE DU SIXIÈME APRÈS ADJUDICATION JUDICIAIRE

Nous trouvons dans le droit romain un usage rappelant la surenchère qui nous occupe. Deux textes du Code font allusion à cet usage, mais sans nous faire connaître comment il était réglé. Lorsqu'une vente avait eu lieu pour le recouvrement des impôts, *in fiscalibus auctionibus,* il était permis de la rendre non avenue en proposant, dans un certain délai, de se porter acquéreur moyennant un prix supérieur qu'on appelait *adjectio. Si tempora, quæ in fiscalibus auctionibus vel hastis statuta sunt, cum etiamsi augmentum te facturum esse profitearis, adi rationalem nostrum, ut justam uberioris pretii oblationem admittat.*[1] L'*adjectio* était également autorisée dans les ventes de biens appartenant aux cités. *Si sine ullâ conditione prædia vendente republica comparasti, perfectâ venditione,*

1. L. 4. C. De fid. et jur. hast. fisc, x, 3.

nullâ ratione vereris, ne adjectione factâ, auferri tibi dominium possit. Tempora enim adjectionibus prestituta ad causam fisci pertinent : nisi si qua civitas propriam legem habeat.[1] On trouve encore le germe de notre espèce de surenchère dans les règles de l'ancienne procédure de saisie réelle prescrite par l'ordonnance de 1539 et l'édit des criées de 1551. L'adjudication définitive était précédée d'une première adjudication qui constituait une vente véritable à la condition que nul autre surenchérisseur, dans un délai de quinze jours, n'offrît pas un prix plus élevé. Cette première adjudication portait la dénomination d'*adjudication sauf quinzaine.*[2] On désignait les offres postérieures à la première adjudication sous le nom générique d'*enchères*. L'expression de *surenchère* n'était que rarement employée.

La coutume de Normandie connaissait une surenchère différente qu'on appelait *enchère au profit commun et particulier*. La seconde adjudication pouvait être elle-même frappée de surenchère et cette surenchère augmentée d'une autre surenchère. « Un créancier dont la créance est antérieure « à la saisie réelle, dit le *Dictionnaire de Droit et « de pratique* de Ferrière,[3] peut faire, suivant l'ar- « ticle 582 de cette coutume, après l'adjudication, « une enchère qui se nomme *enchère à son profit « particulier*. Elle se fait à l'audience, huit jours

1. L. 1. C. De vend. reb. civit. XI, 21.
2. Pothier. Procéd. civile n° 612.
3. Paris. 1740. Tom. I, p. 791.

« après l'adjudication : on en fait lecture aux « plaids. — Au plaid suivant, on fait lecture de « cette enchère, et si personne ne la couvre, on « adjuge définitivement à l'enchérisseur ; mais, « ordinairement, cette enchère donne ouverture à « une autre qui se fait et se publie comme la « première. Cette enchère se nomme *enchère au « profit commun ;* on en fait encore lecture aux « plaids suivants et si personne ne la passe, celui « qui la fait est adjudicataire. Lecture faite de cette « dernière enchère, l'adjudication doit être défini- « tive dans la quinzaine de la dernière lecture pour « les rotures et dans le mois pour les fiefs. »

La loi sur l'expropriation forcée du 11 brumaire an VII décidait que dans le cas où les enchères portées sur les biens saisis ne se seraient pas élevées à quinze fois au moins le revenu des immeubles, le tribunal devait remettre la vente à vingt jours au moins et trente jours au plus, sauf à prononcer l'adjudication au jour indiqué, encore bien que l'enchère du plus offrant fût au-dessous de cette valeur (art. 14 et 17). C'était, on le voit, l'économie de l'*adjudication sauf quinzaine* du droit coutumier, mais ce n'était pas encore notre surenchère actuelle.

Le droit de surenchérir, dans les adjudications judiciaires, n'a véritablement été introduit dans notre législation que par le Code de procédure de 1806. Aux termes de l'article 710, toute personne pouvait, après une adjudication sur saisie-immobilière, surenchérir du quart dans la huitaine. Cet

article 710 a été remplacé par le nouvel article 708 compris dans la loi du 2 juin 1841, laquelle a abaissé au sixième la quotité de la surenchère.

SECTION Ire

DES VENTES SUSCEPTIBLES DE SURENCHÈRE DU SIXIÈME

§ I. *Des adjudications judiciaires forcées ou volontaires.* — Le Code de procédure de 1806 n'autorisait formellement la surenchère du quart, devenue, depuis la loi du 2 juin 1841, la surenchère du sixième, que pour les ventes par expropriation forcée. La question s'était donc posée de savoir si les autres ventes judiciaires en étaient aussi susceptibles. Il y avait controverse à propos de la vente sur conversion de saisie ou sur publications judiciaires. La Cour de cassation (Req. 8 janvier 1834) avait jugé que cette vente, étant une vente volontaire, n'était, à ce titre, susceptible que de la surenchère des créanciers inscrits. La jurisprudence et les auteurs étaient encore divisés en ce qui concerne l'adjudication sur licitation. Certaines cours prétendaient que cette adjudication ne pouvait jamais faire l'objet d'une surenchère du quart; les autres, faisant une distinction, admettaient la surenchère quand les biens à liciter étaient

indivis entre des majeurs et des mineurs ; ils la repoussaient lorsque des majeurs seuls étaient en présence. Dans ce cas, disait-on, l'adjudication sur licitation était une vente volontaire, puisque le bon accord des co-propriétaires eût suffi pour prévenir l'emploi des formalités judiciaires : dès lors, il ne devait y avoir ouverture qu'à la surenchère du dixième. Même controverse à l'occasion des ventes de biens de mineurs faites en conformité des articles 953 et suivants du Code de procédure civile et des ventes d'immeubles dépendant d'une succession bénéficiaire ou vacante ; même dissentiment relativement à la vente des biens dotaux.

Cette diversité d'opinions n'a plus aujourd'hui qu'un intérêt rétrospectif et nous ne jugeons pas nécessaire de prendre parti dans le débat.

Toutes ces difficultés, nées d'une législation incomplète, ont été tranchées par la loi du 2 juin 1841.

Ainsi, en ce qui touche la vente sur conversion de saisie, le nouvel article 743 du Code de procédure se réfère à l'article 965, portant que dans les huit jours qui suivent l'adjudication, toute personne pourra faire une surenchère du sixième en observant les formalités et délais prescrits par les articles 708, 709 et 710.

En matière de licitation, la question est de même résolue affirmativement par l'article 973.

L'article 965 autorise également la surenchère du sixième dans les ventes de biens de mineurs, et les articles 988 et 997, § 3, l'admettent pour la

vente des biens dotaux et ceux qui dépendent d'une succession bénéficiaire ou vacante.

§ II. *Des adjudications sur folle enchère.* — La loi du 2 juin 1841, non plus que le Code de procédure de 1806, ne se prononce sur la validité de la surenchère du sixième faite après adjudication sur folle-enchère. Loin d'aplanir cette difficulté qui avait déjà suscité une grande divergence d'opinions, la loi de 1841 l'a rendue encore plus ardue à résoudre en fournissant des arguments nouveaux aux jurisconsultes proposant des solutions absolument contradictoires.

La Cour de cassation a maintes fois décidé qu'une adjudication sur folle-enchère ne pouvait être suivie de surenchère du sixième. Ses deux arrêts les plus récents dans ce sens sont, l'un du 24 juillet 1882,[1] l'autre du 31 mars 1884.[2] La surenchère du sixième, enseigne-t-elle, est une mesure exceptionnelle, puisqu'elle tend à résoudre un contrat formé en justice. Elle doit donc être restreinte au cas où elle a été expressément admise. Or, loin d'avoir été autorisée par aucune disposition de la loi après l'adjudication prononcée sur folle enchère, elle est implicitement interdite dans cette éventualité par les articles 739 et 740 du Code de procédure. L'article 739, qui trace les formalités et les effets de la folle-enchère et qui renvoie pour les régler aux

1. D. P. 83, 1, 256.

2. D. P. 84, 1, 404. Voir aussi, dans le même sens, Rouen, 4 juillet 1884. Pand. chron. Tom. VI, 2, p. 151.

articles 705, 706 et 711, ne se réfère qu'aux dispositions qui régissent les enchères et passe sous silence les articles 708, 709 et 710 concernant la surenchère. Il est donc manifeste que la volonté de la loi est de ne point soumettre à la surenchère la nouvelle adjudication intervenue après folle enchère. D'autre part, continue la Cour suprême, l'article 740 porte que le fol enchérisseur est tenu par corps de la différence entre son prix et celui de la revente sur folle-enchère : cette disposition est inconciliable avec la possibilité d'une adjudication subséquente, puisque, dans la pensée du législateur, c'est cette revente qui consomme la procédure en fixant irrévocablement le prix de l'immeuble.

A l'appui de l'opinion de la Cour de cassation, on invoque la loi de 1841, qui n'a pas statué sur la difficulté et le rapport de M. Riché au Corps législatif dans la discussion de la loi du 21 mai 1858 qui a modifié certains articles du Code de procédure relatifs à l'ordre entre créanciers. « S'il arrive, « disait le rapporteur, que la revente sur folle- « enchère n'atteigne pas le prix de l'adjudication « primitive, et que le recours, quoique armé de la « contrainte par corps, qui peut être dirigé pour la « différence contre le fol enchérisseur, soit illusoire « ou non exercé, ne faut-il pas que les créanciers « lésés aient un moyen de ramener le prix à un « taux propre à les couvrir ? Votre commission « avait proposé de leur accorder la faculté de « surenchérir du sixième que leur refusait la juris-

« prudence : l'innovation nous avait paru d'autant « plus raisonnable que ces créanciers ne sont pas « officiellement appelés à la revente sur folle- « enchère. Notre amendement n'a point obtenu « l'agrément du Conseil d'Etat. »

Nous ne croyons pas devoir nous ranger à la doctrine de la Cour de cassation. Pour nous, la surenchère du sixième n'est pas une mesure exceptionnelle servant uniquement à dépouiller l'adjudicataire du bénéfice d'une propriété acquise par un titre régulier : c'est un droit, accordé par la loi, tendant à faire adjuger l'immeuble mis en vente à sa valeur véritable dans l'intérêt, plus respectable que celui de l'adjudicataire, des créanciers, du vendeur ou du saisi. Le but de la surenchère, nous le répétons, est d'empêcher les adjudications à vil prix. N'est-ce pas surtout dans les reventes sur folle-enchère, pouvant être faites à l'insu des créanciers, (par exemple, par un avoué qui n'a pas été payé de ses frais de poursuite), que la vileté du prix est à craindre ? On objecte que la surenchère n'est pas autorisée par l'article 739 du Code de procédure. Il ne s'en suit pas qu'elle soit prohibée. Disons d'abord que les formalités relatives à la rédaction, à la délivrance et à la signification du jugement d'adjudication sur folle-enchère, sont les mêmes qu'en matière de saisie-immobilière. Puis si l'on se reporte à cet article 739, on voit que le troisième paragraphe renvoie à l'article 711, lequel édicte, en ce qui concerne les avoués, certaines prohibitions à peine de nullité de l'adju-

dication *ou de la surenchère.* En fait, la folle-enchère n'est qu'un incident de saisie-immobilière. N'a-t-elle pas lieu sur le cahier des charges primitif? Ne fait-elle pas passer au nouvel adjudicataire les biens vendus francs et quittes de toutes charges du chef du fol-enchérisseur? De la première adjudication, il ne reste plus rien: par une fiction légale, elle est censée n'avoir jamais existé; l'adjudication sur folle-enchère l'a résolue *ab initio*, de telle sorte que le fol-enchérisseur est réputé n'avoir jamais eu la propriété.

En droit, l'adjudication sur folle-enchère doit donc être considérée comme une première adjudication. Il ne saurait y avoir de doute sur cette substitution pleine et entière de la seconde adjudication à la première: qu'on lise plutôt le rapport de M. Persil à la Chambre des Pairs, à propos de la loi de 1841. « L'adjudication primitive se trouvant résolue dès le principe, dit-il, l'adjudication sur folle-enchère prend sa place, elle devient la véritable adjudication sur saisie-immobilière, elle en produit tous les effets. » L'argument tiré de l'article 740 ne saurait nous arrêter davantage. Si le fol-enchérisseur est tenu par corps de la différence entre son prix et celui de la revente, c'est simplement par application de ce principe de droit commun, d'après lequel la résolution d'un contrat, à défaut d'exécution des charges, doit être prononcée avec dommages-intérêts contre celui qui a manqué à ses engagements. Qu'est-ce donc que cette différence dont est tenu le fol-enchérisseur, sinon la représentation exacte du

préjudice causé par lui ? Bien plus, ce même article 740 dispose que, dans le cas où le prix de l'adjudication sur folle-enchère dépasserait celui de la précédente adjudication, le fol-enchérisseur ne pourra pas réclamer l'excédent : n'est-ce pas là une nouvelle preuve que la précédente adjudication est réputée n'avoir jamais eu lieu et que le contrat judiciaire qui en était résulté a été résolu d'une manière complète et absolue par le fait de la nouvelle adjudication ? [1] Si donc l'adjudication sur folle-enchère est regardée comme une première adjudication, l'article 708 lui est bien applicable : étant donné l'anéantissement de la vente originaire, il n'était même pas nécessaire que le législateur s'expliquât sur un point que la déduction des principes sur la matière devait faire accueillir sans difficulté. Qu'importe enfin que le Conseil d'Etat, lors de le préparation de la loi du 21 mai 1858, ait repoussé l'amendement par lequel la commission du Corps législatif, pour couper court aux divergences de la jurisprudence, avait proposé de consacrer par un texte formel la faculté de surenchérir du sixième après l'adjudication sur folle-enchère ? Ce rejet prouve simplement que la question n'a pas été résolue et qu'elle reste toujours soumise à l'appréciation des tribunaux, auxquels le Conseil d'Etat a entendu laisser toute liberté.

Une adjudication sur surenchère ne peut pas être suivie d'une autre surenchère. *Surenchère sur*

1. Voir dans ce sens Boitard et Colmet-Daage. Procéd. Civ., II, p. 404.

surenchère ne vaut. Ce principe a été posé dans la loi de 1841, et personne, jusqu'ici, ne peut songer à en contester les effets. « Lorsqu'une seconde adjudication aura eu lieu après la surenchère, dit le nouvel article 710 du Code de procédure, aucune surenchère des mêmes biens ne pourra être reçue. » Mais qu'on suppose une adjudication sur folle-enchère après adjudication sur surenchère. Ce principe peut-il recevoir son application? Un immeuble est adjugé sur saisie réelle: dans la huitaine, surenchère du sixième, puis adjudication sur surenchère; l'adjudicataire sur surenchère ne paie pas les frais de poursuite, ou bien n'acquitte pas le montant des bordereaux de collocation délivrés sur lui au profit des créanciers privilégiés ou hypothécaires; il est poursuivi sur folle-enchère; l'adjudication sur folle-enchère a lieu. Peut-il y avoir encore surenchère?

Il est naturel que ceux qui n'admettent dans aucun cas la surenchère après folle-enchère la repoussent *a fortiori* dans celui-là. Pour nous qui, au contraire, partageons une opinion opposée pour les raisons que nous venons de développer, nous l'admettons même dans cette hypothèse, car, en somme, des trois adjudications (adjudication sur saisie, adjudication sur surenchère, adjudication sur folle-enchère), il n'en reste qu'une seule: l'adjudication sur folle-enchère.

Ainsi que nous l'avons expliqué, la folle-enchère est une véritable action en résolution des ventes faites en justice. Si l'adjudicataire sur surenchère

n'exécute pas les conditions du cahier des charges, la nouvelle mise en vente sur folle-enchère détruit et annihile les ventes antérieures. Dès lors, l'adjudication sur folle-enchère doit être considérée comme une première adjudication. On peut donc admettre une nouvelle surenchère sans contrevenir à la règle : *Surenchère sur surenchère ne vaut.*

§ III. *Des adjudications administratives.* — Il n'existe aucun texte relatif aux adjudications d'immeubles par voie administrative. On a soutenu que la disposition de l'article 965 du Code de procédure qui autorise la surenchère dans les ventes de biens de mineurs, devait être étendue par analogie à la vente des biens appartenant à toutes personnes incapables, telles que les communes ou les établissements publics, dont les intérêts sont protégés comme ceux des mineurs eux-mêmes.

Nous ne croyons pas que cette analogie, au moins dans ce cas, puisse être admise. C'est bien improprement qu'on dit des communes qu'elles sont mineures. Il n'y a rien dans leur situation qui puisse l'assimiler à l'état de minorité tel qu'il est constitué par le Code civil : ainsi, on peut prescrire contre une commune, ce qu'on ne peut faire contre un mineur. De plus, ce qu'on appelle la tutelle administrative n'est qu'une sorte de surveillance et de protection qui s'exerce dans des conditions déterminées et n'ayant rien de commun avec la

tutelle des mineurs.[1] D'autre part, la vente des biens des communes et des établissements publics est réglementée par une législation spéciale que l'on ne peut soumettre aux règles de la législation de droit commun. Comment appliquer l'article 965 ? A qui la surenchère devra-t-elle être signifiée ? Quelle sera la procédure à suivre ? Est-il possible que le législateur ait posé un principe sans avoir pris soin d'indiquer par quels moyens il devrait recevoir son application ?[2] Quoi qu'il en soit, la question de l'admissibilité de la surenchère dans les ventes administratives ne peut être tranchée que par les tribunaux civils : les conseils de préfecture sont incompétents.[3]

§ IV. *Des adjudications après saisie de rentes constituées sur particuliers.* — Les rentes constituées sur particuliers, soit en perpétuel, soit en viager, sont considérées comme meubles si elles ont été constituées moyennant l'abandon d'un capital et comme immeubles si elles l'ont été en cession d'un fonds immobilier. Dans l'un et l'autre cas, la saisie entre les mains du débi-rentier est permise et réglementée par les articles énumérés sous le titre dixième du Code de procédure. Les articles compris aujourd'hui sous ce titre ont remplacé, depuis la loi du 24 mars 1842, ceux qui

1. Pau, 26 mai 1885. D. P., 86, 2, 24.
2. Petit. Des surenchères, n° 591. Nîmes, 12 mars 1845. D. P., 45, 2, 124.
3. Ord. Cons. d'Etat, 19 août 1835.

figuraient à la même place dans le Code de 1806. L'ancien article 652 s'exprimait ainsi : « Les for-« malités prescrites au titre de la saisie immobi-« lière pour la rédaction du jugement d'adjudica-« tion, l'acquit des conditions et du prix et la « revente sur folle-enchère seront observées lors « de l'adjudication des rentes. » Puisque c'est la procédure de saisie réelle qui règle celle de la saisie des rentes, pourquoi n'admettrait-on pas la surenchère dans les adjudications de rentes constituées ? On objecte que le nouvel article ne renvoie pas à l'article 708 qui a trait à la surenchère. Nous reconnaissons que cette omission est un grave argument contre notre allégation. Mais, si la surenchère est la règle dans les ventes judiciaires, règle établie en faveur des créanciers, une simple omission ne saurait être prise pour une dérogation. Aussi, pensons-nous qu'on peut, en somme, admettre la surenchère, même dans les adjudications de rentes.

SECTION II

QUI PEUT SURENCHÉRIR DU SIXIÈME ?

La surenchère du sixième étant établie en faveur non pas seulement des créanciers mais du saisi ou des vendeurs, toute personne peut surenchérir.

Seulement, comme la surenchère peut se transformer, à défaut d'enchérisseurs lors de la revente, en adjudication définitive, il suit que l'incapacité d'acquérir entraîne l'incapacité de surenchérir.

C'est ainsi qu'une femme mariée ne peut surenchérir qu'avec l'autorisation spéciale de son mari ou de la justice ;[1] le mineur, l'interdit, que par le ministère de leur tuteur, dûment autorisé par le conseil de famille.[2] Un arrêt de Rouen, du 6 janvier 1846,[3] a décidé que cette autorisation du conseil de famille n'était pas indispensable. Aucun texte de loi, dit cet arrêt, n'interdit au tuteur d'acquérir pour son mineur. Pourquoi n'aurait-il pas le droit de surenchérir au nom de celui-ci ? Cette doctrine est admissible en matière de surenchère du sixième ; il faut la repousser quand il s'agit d'une surenchère du dixième. « La réquisi-« tion de surenchère du dixième, dit M. Troplong,[4] « doit contenir assignation devant le tribunal pour « l'admission de la caution. C'est une action qui « tend aux droits *immobiliers* du mineur, puisque, « si la caution est rejetée, le créancier mineur se « trouve déchu de son action *quæ tendit ad immo-« bile.* »

Le mineur émancipé ne peut surenchérir qu'avec l'assistance de son curateur ; le prodigue qu'avec celle de son conseil judiciaire ; les communes et

1. Demolombe. Traité du mariage, IV, 133.
2. Toulouse, 26 mai 1883. D. P., 84, 2, 65.
3. D. P., 1846, 2, 201.
4. Troplong. Des hypoth. Tome 4, n° 953 *bis.*

établissements publics ont besoin de l'autorisation préalable de l'administration. Mais, la nullité d'une surenchère formée par une personne incapable sans l'autorisation ou l'assistance du protecteur que la loi lui impose est purement relative et ne peut être invoquée que par l'incapable lui-même qui peut la couvrir à sa majorité par une ratification.[1] Le tiers acquéreur ne saurait se prévaloir de cette nullité.

Le failli a une capacité suffisante pour faire une surenchère. Il ne perd pas, en effet, la propriété de ses biens ; la loi ne le dépouille que de son administration. Par suite, il conserve le droit de prendre toutes les mesures qui peuvent améliorer sa position, l'aider à payer ses créanciers et lui procurer un résidu.

Nous reconnaissons la même capacité aux syndics d'une faillite autorisés par un jugement ou simplement par une ordonnance du juge-commissaire.[2] La Cour de Chambéry, dans un arrêt du 31 décembre 1874,[3] a repoussé cette solution, du moins en ce qui concerne la surenchère du dixième.

Voilà pour les incapacités générales. Les incapacités spéciales sont celles qui sont indiquées dans l'article 711, aux termes duquel ne peuvent ni enchérir ni surenchérir les membres du tribunal devant lequel se poursuit la vente, le saisi, les

1. Voir la note de M. Glasson commentant l'arrêt de Toulouse du 26 mai 1883. D. P., 84, 2, 65.
2. Ruben de Couder. Dictionn. de dr. comm., v° syndic n° 76.
3. Chambéry, 31 déc. 1874. Pand. chron., v, 2, 158.

personnes notoirement insolvables, l'avoué poursuivant. Les héritiers même bénéficiaires du saisi ont la même incapacité que celui-ci.

Nous estimons que les adjudications prononcées au profit des membres du tribunal et des avoués poursuivants sont frappées d'une nullité absolue, fondée sur des motifs d'ordre public, qui n'est pas susceptible d'être couverte et qui peut être invoquée par toute personne. La jurisprudence est en sens contraire : elle déclare l'action en nullité prescrite par dix ans (article 1.304 C. c.).

On ne doit pas étendre l'incapacité d'enchérir ou de surenchérir aux avoués qui n'ont pas la direction de la poursuite, tels que l'avoué co-licitant, l'avoué présent à la vente, l'avoué du saisi, l'avoué de l'adjudicataire.

L'adjudicataire ne saurait se plaindre lorsqu'il a lui-même violé l'article 711. Mais, on peut supposer que, après une adjudication, il y a eu une surenchère et que c'est lors de l'adjudication sur surenchère qu'il y a eu violation de l'article 711. Dans ce cas, le premier adjudicataire peut-il demander la nullité de la seconde adjudication et faire ainsi revivre celle qui lui attribuait l'immeuble ? — Nous pensons que rien ne s'oppose à ce que cette faculté lui soit reconnue. L'article 715 dispose que les nullités édictées par l'article 711 peuvent être invoquées par tous ceux qui y ont intérêt. Or, le premier adjudicataire est bien un *intéressé*. Il a acquis sous cette condition qu'il n'y aurait pas ultérieurement d'adjudication sur suren-

chère. Cette adjudication sur surenchère étant nulle, la condition résolutoire n'a pas été réalisée. Partant le premier adjudicataire doit pouvoir établir le défaut de réalisation.[1]

Le vendeur est privé du droit de surenchérir parce qu'il ne peut se délier à son gré des engagements que l'adjudication lui a fait contracter.

Après une vente sur licitation, le co-licitant ne peut pas requérir une surenchère du dixième, fût-il créancier inscrit, par ce motif qu'il est assujetti envers l'adjudicataire à la garantie due par tout vendeur à son acheteur. Mais il peut requérir une surenchère du sixième : la vente, en effet, n'est pas définitive au regard de l'adjudicataire, puisqu'elle ne doit lui transmettre la propriété qu'à défaut de l'exercice du droit conféré à toute personne de surenchérir dans la huitaine.[2]

L'article 1596 du Code civil défend aux tuteurs d'acheter les biens de leurs pupilles et cette prohibition s'applique aussi bien aux ventes judiciaires qu'aux ventes volontaires. Mais le tuteur, créancier du mineur, a le droit, comme créancier, de poursuivre l'expropriation du mineur ; par conséquent, il peut, à défaut d'enchérisseur, rester adjudicataire sur la mise à prix. Il faut en conclure qu'il a pareillement le droit, dans ce cas, de surenchérir après une première adjudication sur saisie faite à

1. Bordeaux, 2 juillet 1850. Journ. des avoués, t. 76, p. 75. *Contrà*. Caen, 4 janvier 1888. D. P., 1888, 2, 140.

2. Riom, 22 février 1851. D. P., 1852, 2, 166. — Paris, 24 nov. 1855. D. P., 1856, 2, 245.

sa requête. Il est évident que la prohibition faite au tuteur de se rendre adjudicataire des biens du mineur est restreinte au cas où c'est le tuteur lui-même qui, en qualité de tuteur et dans l'intérêt de ses pupilles, poursuit la vente de leurs biens.[1]

Lorsqu'une surenchère a été formée par plusieurs personnes engagées solidairement et que l'une d'elles est incapable d'acquérir, la surenchère doit être maintenue au profit de celles qui sont capables. La solidarité stipulée met à la charge de celles-ci toute la charge de l'engagement pris en commun.

SECTION III

CE QUE DOIT COMPRENDRE LA SURENCHÈRE DU SIXIÈME

La loi de 1841 a modifié le taux de la surenchère, mais, sauf la substitution du sixième au quart, elle a maintenu les termes de l'ancien article 710 dans le nouvel article 708. Le surenchérisseur doit offrir de porter le prix à un sixième en sus du prix principal de la dernière enchère. Par l'expression *prix principal,* il faut comprendre la somme nette qui doit revenir aux créanciers ou aux vendeurs : il n'y a donc pas à tenir compte pour fixer la quotité déterminée par la loi des accessoires du prix tels que les frais de poursuite, de contrat, d'adjudica-

1. Aubry et Rau, IV, p. 347.

tion et d'enregistrement. Mais, il faudrait que la surenchère portât sur les prestations imposées en sus du prix, telles que le service d'une rente viagère.[1] Dans la surenchère après folle-enchère — nous avons admis qu'elle était recevable dans ce cas, — la quotité devra être calculée sur le prix de l'adjudication sur folle-enchère, puisque cette seconde adjudication a été substituée à la première et l'a anéantie.

Il suffit que le surenchérisseur déclare d'une manière générale porter le prix à un sixième en sus du prix principal sans qu'il lui soit nécessaire d'indiquer la somme formant ce sixième. Si donc cette indication a été faite, mais d'une manière inexacte, par suite d'une erreur de calcul, la rectification peut être faite ultérieurement et la surenchère n'en est pas moins valable.

Le surenchérisseur est libre, si bon lui semble, pour écarter une concurrence intéressée, de porter sa soumission au-delà du sixième. Cette quotité n'est qu'un minimum que l'on peut toujours dépasser.[2]

SECTION IV

PROCÉDURE DE LA SURENCHÈRE DU SIXIÈME

Nous ne voulons pas entrer dans tous les détails de la procédure de la vente sur surenchère du

1. Bordeaux, 15 janvier 1862. D. P., 1862, 2, 126.
2. Petit. Traité des surenchères, p. 84.

sixième : nous sortirions des limites que nous nous sommes tracées. Nous devons nous contenter de signaler les principales formalités prescrites par la loi, en indiquant les difficultés que leur accomplissement peut provoquer. La surenchère du sixième doit être faite dans la huitaine de l'adjudication, au greffe du tribunal qui a ordonné la vente. [1] C'est à tort qu'on avait prétendu, avant la loi de 1841, que, en cas de vente renvoyée par le tribunal devant un notaire, c'était en l'étude de ce notaire que devait être faite la réquisition de surenchère. Le notaire n'est qu'un délégué du tribunal compétent : c'est ce tribunal lui-même qui est censé avoir prononcé l'adjudication. Depuis la loi de 1841, la question ne se pose plus : dans la discussion de la loi à la Chambre des députés, il a été retranché du projet du gouvernement une disposition qui autorisait précisément la déclaration de surenchère devant notaire.

La disposition de l'article 1.033 du Code de procédure, modifié par la loi du 3 mai 1862, qui, lorsque le dernier jour d'un délai est un jour férié, proroge le délai jusqu'au lendemain, est applicable au délai de huit jours, dans lequel doit être déclarée la surenchère du sixième. [2]

La déclaration est faite par le surenchérisseur (ou son mandataire spécial), assisté d'un avoué.

1. Orléans, 14 août 1884. Pand. chron., VI, 2, 156. — *Contrà*. Grenoble, 10 juillet 1874. D. P. 1875, 2. 32.

2. Besançon, 30 janvier 1873. D. P. 74, 5, 471. Pau, 3 août 1881. Pand. chron, t. VI, 2, p. 81.

L'intervention de l'avoué est une garantie contre l'insolvabilité du surenchérisseur, et contre les abus des surenchères dont les personnes, ignorantes de la loi, ne sauraient, sans ses conseils, peser les conséquences et les effets. L'avoué de l'adjudicataire, tant qu'il conserve cette qualité, ne peut devenir l'avoué du surenchérisseur; s'il en était autrement, il aurait pour mission de surveiller des intérêts contraires. L'économie générale du Code de procédure, s'oppose invinciblement à la coexistence dans la même personne, de deux mandats si complètement opposés.[1] Lorsqu'une adjudication a été faite par lots, chaque lot peut être l'objet d'une surenchère particulière.

L'ancien article 711 prescrivait la dénonciation de la surenchère par simple acte dans les 24 heures aux avoués de l'adjudicataire, du poursuivant et de la partie saisie. Le nouvel article 709 a conservé cette disposition, mais a porté le délai à trois jours. Dans les trois jours on ne comprend pas le jour de la surenchère. Si le surenchérisseur ne dénonce pas dans le délai fixé, il est accordé au créancier poursuivant, aux créanciers inscrits et au saisi, un nouveau délai de trois jours pour faire eux-mêmes, la dénonciation afin d'empêcher qu'une surenchère valablement formée ne demeure non-avenue. Faute de cette dénonciation, la nullité est définitivement encourue. Quand la partie saisie n'a pas d'avoué constitué, la dénonciation est faite à

1. Limoges, 29 mai 1852. Journ. des avoués, t. 77, p. 466.

personne ou domicile par un exploit ordinaire. Elle se fait de même à l'adjudicataire dans le cas où l'adjudication a eu lieu devant notaire. L'instance en surenchère n'étant qu'une continuation de la poursuite qui a précédé la première adjudication, l'autorisation d'enchérir donnée par le mari à sa femme permet implicitement à celle-ci, demeurée adjudicataire, de défendre à la demande en validité de surenchère sans nouvelle autorisation.

Dans la procédure de surenchère du dixième, ainsi que nous le verrons ci-après, il est nécessaire que l'adjudication soit précédée d'un jugement statuant sur la validité de la surenchère et sur la réception de la caution ou du nantissement.

La surenchère du sixième doit-elle, de même, être précédée d'un jugement statuant sur sa validité ?

« La dénonciation de la surenchère du sixième, « dit l'article 709 du Code de procédure, sera faite « par un simple acte, contenant avenir pour l'au- « dience qui suivra l'expiration de la quinzaine, « sans autre procédure. L'indication du jour de « cette adjudication sera faite de la manière pres- « crite par les articles 696 et 699. »

Ces articles 696 et 699 ont trait aux formes et aux délais d'annonce et de publicité.

« Au jour indiqué, poursuit l'article 710, il sera « ouvert de nouvelles enchères, auxquelles toute « personne pourra concourir. »

Divers tribunaux interprètent les articles 709 et 710 en ce sens que, le jour indiqué par le simple

acte d'avenir, le tribunal doit statuer en même temps sur la validité de la surenchère et procéder immédiatement à l'adjudication.

Ce n'est pas l'interprétation que nous donnons aux deux articles dont il s'agit. Voici comment nous comprenons la marche de la procédure : l'avoué du surenchérisseur dénonce la surenchère par acte du palais ; par ce même acte, il donne avenir à l'avoué de l'adjudicataire et à celui du saisi pour une audience éloignée de quinze jours du jour de cette dénonciation. Si le saisi n'a pas constitué avoué, l'avenir est remplacé par un exploit d'ajournement. A l'audience fixée par l'avenir ou l'exploit d'ajournement, le tribunal statue sur les incidents qui peuvent s'élever à l'occasion de la surenchère et indique le jour ultérieur de l'adjudication. *Au jour indiqué,* dans les formes et dans les délais des articles 696 et 699, il est procédé à la réception des enchères.

Nous croyons devoir adopter cette interprétation pour les motifs suivants : si l'adjudication devait avoir lieu le jour même où le tribunal est appelé à statuer sur la validité de la surenchère, il se pourrait, que les frais d'une publicité coûteuse eussent été exposés vainement et que des amateurs se fussent déplacés en pure perte. Il peut se faire, en effet, que le tribunal déclare la surenchère nulle ou mette la cause en délibéré pour prononcer son jugement à une audience suivante. Dans ces cas, l'adjudication ne peut avoir lieu au jour indiqué par l'avenir : dès lors, que de frais et de déplace-

ments inutiles et dispendieux ! Qu'est-ce donc qu'une publicité indiquant une date qui peut être modifiée ? Imagine-t-on une personne faisant dix lieues pour assister à une adjudication sur surenchère du sixième à laquelle il n'est pas procédé pour un des motifs que nous avons rappelés ? Ne sera-t-elle pas fondée à demander des dommages-intérêts au surenchérisseur dont la procédure aura été annulée ? Et si le surenchérisseur, interjetant appel du jugement qui aura déclaré la surenchère sans valeur, gagne son procès devant la Cour, à qui donc s'adressera l'amateur mécontent ? Que de complications à redouter ! Que de difficultés à résoudre !

En résumé, nous pensons que ce n'est qu'après déclaration de la validité de la surenchère que le jour de l'adjudication doit être indiqué par le tribunal. Encore faut-il que le tribunal fixe ce jour à une époque assez éloignée pour que, en cas de contestations, le jugement puisse acquérir la force de la chose jugée et qu'il laisse en outre un intervalle suffisant pour l'accomplissement des formalités édictées par les articles 696 et 699.

Nous trouvons dans le sens que nous indiquons, deux arrêts de la cour de Dijon, l'un du 7 août 1843 et l'autre du 18 avril 1855. [1]

Les jugements d'adjudication qui statuent sur des incidents de surenchère sont susceptibles d'appel. Notons que, aux termes de l'article 731, le délai

1. Dalloz. V° Surenchère, p. 687, note 2.

n'est que de dix jours à courir de la signification à avoué ou bien à personne ou domicile suivant le cas, et que l'acte d'appel doit être signifié au domicile de l'avoué de la partie à laquelle profite le jugement. Nous n'avons pas à parler de l'opposition, car en cette matière, par application de l'article 731, les jugements par défaut ne sont pas susceptibles d'être attaqués par cette voie.

L'adjudication sur surenchère ne peut avoir lieu qu'à la barre du tribunal, même lorsqu'elle suit une adjudication renvoyée par devant notaire. On a voulu entourer de toutes les garanties des formalités judiciaires l'adjudication définitive qui peut consommer la dépossession du premier adjudicataire.

SECTION V

DES EFFETS DE LA SURENCHÈRE DU SIXIÈME ET DES CONSÉQUENCES DE L'ADJUDICATION

La surenchère du sixième n'a de valeur qu'à la condition d'avoir été régulièrement faite dans le délai de huitaine par une personne capable, et d'avoir été dénoncée. Lorsque la dénonciation a été notifiée, le surenchérisseur ne peut plus se désister qu'avec l'agrément du saisi ou du vendeur, de l'adjudicataire surenchéri et des créanciers inscrits : toutes ces personnes ont en effet la faculté de

reprendre la procédure abandonnée par le surenchérisseur. Sous l'empire de la législation de 1806 (ancien article 712), le consentement de l'adjudicataire surenchéri eût seul suffi, car celui-ci était seul admis à concourir à la revente avec le surenchérisseur.

Nous avons vu et nous verrons encore qu'une surenchère ne peut pas être suivie d'une autre surenchère. Dès lors, la seconde adjudication sur surenchère emporte purge des privilèges et hypothèques : l'adjudicataire n'a plus rien à craindre du droit de suite des créanciers ; ce droit est éteint et il n'existe plus à leur profit qu'un droit de préférence sur le prix. Mais encore faut-il, pour que l'adjudicataire puisse payer son prix entre les mains des créanciers, qu'il les connaisse : les noms des créanciers inscrits lui sont désignés par l'état des inscriptions que le conservateur des hypothèques lui délivre sur la transcription du jugement de surenchère. Quant aux créanciers à hypothèques légales, il les connaîtra après l'accomplissement des formalités indiquées par l'article 2194 du Code civil.

L'adjudicataire sur surenchère, placé par son titre à l'abri du droit de suite des créanciers privilégiés ou hypothécaire, ne peut pas être évincé non plus par l'action en résolution fondée sur le défaut de paiement du prix d'une vente antérieure dont l'immeuble a été l'objet ; le vendeur non payé n'a plus qu'un droit de préférence sur le prix au rang que lui assigne son privilège.

Notons enfin que l'adjudication sur surenchère du sixième ne transmet à l'adjudicataire d'autres droits à la propriété que ceux qu'avait le saisi ou le vendeur. Par conséquent si le saisi ou le vendeur n'était pas propriétaire, l'adjudicataire pourra être évincé par la revendication du véritable propriétaire. Il devra également respecter les droits réels, démembrement de la propriété, qui ont été concédés sur l'immeuble par le saisi ou le vendeur et les précédents propriétaires, pourvu que ces droits aient été publiés en temps utile pour être opposés aux tiers dans les cas où la loi exige cette publicité.

Nous venons de rappeler les effets généraux de la surenchère du sixième. Nous avons maintenant à rechercher les résultats qu'elle produit suivant que l'adjudicataire est un étranger ou l'adjudicataire primitif lui-même. Tout ce que nous dirons du saisi, s'appliquera au vendeur dans les adjudications volontaires faites en justice.

§ I. *L'adjudicataire sur surenchère est un étranger.* — Le jugement d'adjudication sur surenchère du sixième prononcé au profit d'un étranger résout la première adjudication.

C'est un point acquis. Mais à partir de quel moment s'opère la résolution ? Est-ce à partir de la surenchère ou à partir du jugement sur surenchère ? C'est à partir de la surenchère, répond la Cour de cassation.[1] Aux termes de l'article 710 du Code

1. Cass. 7. décembre 1868. D. P. 69, 1, 31. — 7 mai 1860. D. P. 60, 1. 235. — 6 décembre 1870. D. P. 72, 1, 438.

de procédure, le surenchérisseur est déclaré adjudicataire, s'il ne se présente pas d'enchérisseur le jour de la vente : or, si l'immeuble reste au surenchérisseur et non à l'adjudicataire surenchéri, c'est que ce dernier, dans la pensée de la loi, se trouve complètement dégagé par l'effet de la surenchère. Ainsi, dans ce système, dès que la surenchère est formée, le premier adjudicataire disparaît, et les droits du saisi restent, jusqu'à la transcription de l'adjudication définitive, exactement les mêmes que si la première adjudication n'avait pas eu lieu. En conséquence, le saisi peut, après la surenchère, user de la faculté d'aliéner l'immeuble qui lui est accordée par l'article 687 du Code de procédure, pourvu que l'acquéreur consigne somme suffisante pour acquitter en principal et frais ce qui est dû aux créanciers inscrits ainsi qu'au saisissant et qu'il leur signifie l'acte de consignation avant le jour fixé pour la seconde adjudication. Il résulte de là que, si l'acquéreur se conforme aux conditions que nous venons d'indiquer, la vente passée par le saisi après la surenchère, transfère la propriété du saisi à l'acquéreur et fait obstacle à la seconde adjudication. Le système de la Cour de cassation conduit en outre à cette conséquence que l'adjudicataire sur saisie n'aura pas à payer le prix si l'immeuble vient à périr avant la seconde adjudication.

La plupart des auteurs émettent une opinion opposée à celle de la Cour de cassation. C'est à leur avis que nous nous rangeons. L'article 710 veut dire seulement que la réquisition de surenchère est

une promesse qui lie le surenchérisseur et l'oblige à rester adjudicataire si sa mise à prix n'est pas couverte ; cette réquisition menace le titre du premier adjudicataire, mais ne le fait pas disparaître. La première adjudication n'étant effacée que par le jugement d'adjudication sur surenchère, tant que ce jugement n'est pas prononcé, l'immeuble appartient au premier adjudicataire et non pas au saisi. D'où cette conséquence que celui-ci ne peut pas se prévaloir de l'article 687 que nous avons rappelé et que les risques sont à la charge du premier adjudicataire. Si donc, dans l'intervalle compris entre les deux adjudications, l'immeuble périt ou subit une dégradation, la perte totale ou partielle doit être supportée par l'adjudicataire sur saisie. *Res perit domino.* Le surenchérisseur serait-il exonéré par cette perte totale ou partielle des conséquences de sa surenchère ? Nous le croyons en nous rangeant à l'opinion de Pothier. « Si depuis « une enchère reçue, dit-il, l'héritage a été dété- « rioré par quelque cas fortuit, *puta,* par un incen- « die ou par une tempête qui aura renversé une « grande quantité d'arbres, l'enchérisseur est bien « fondé à prétendre être déchargé de son enchère, « si mieux on n'aime lui faire une diminution sur « son enchère de ce qu'il sera estimé par experts « que l'héritage vaut moins. »[1]

C'est à tort, selon nous, mais par application de la doctrine de la Cour de cassation, que le tri-

1. Pothier. Vente, n° 494.

bunal de Nice, par un jugement du 4 mars 1887,[1] a jugé que l'adjudicataire n'était pas responsable de la destruction accidentelle (causée, dans l'espèce, par un tremblement de terre), de l'immeuble surenchéri lorsque cette destruction avait eu lieu après la déclaration de surenchère et avant l'adjudication définitive. Nous le répétons, les droits de l'adjudicataire ne sont pas anéantis par la surenchère, qui peut être nulle, mais seulement par la revente consommée. Si, au contraire, l'adjudicataire surenchéri a fait des améliorations dans l'immeuble, sera-t-il fondé à exiger le remboursement de ses impenses ? Nous verrons que ce droit est reconnu par quelques-uns à l'acquéreur évincé à la suite d'une surenchère du dixième. En principe, nous le refusons à l'adjudicataire évincé par une surenchère du sixième. Il n'a pu se croire propriétaire définitif, puisque l'adjudication, pouvant être frappée de surenchère dans la huitaine, ne constituait qu'un titre provisoire d'acquisition. L'article 555 du Code civil dispose que le possesseur de bonne foi, lorsqu'il est évincé, peut obtenir ou le remboursement des matériaux et le prix de la main-d'œuvre des constructions qu'il a fait édifier sur le fonds dont il a été évincé, ou une somme égale à celle dont ce fonds a augmenté de valeur. Mais cet article n'est nullement applicable à l'adjudicataire qui n'est pas un possesseur de bonne foi. « Le possesseur cesse « d'être de bonne foi, dit l'article 550 du Code civil,

1. Gaz. des Trib. du 24 mars 1887.

« du moment où les vices de son titre translatif de « propriété lui sont connus. » Or, l'adjudicataire n'a pu ignorer le caractère provisoire de son titre, puisque ce caractère résultait d'une disposition de la loi elle-même opposable à tous. Toutefois, si l'adjudicataire avait dû faire des réparations urgentes, des impenses nécessaires, il serait fondé à demander le remboursement de la plus-value par voie de distraction sur le prix de la seconde adjudication, au moyen d'un dire inséré au cahier des charges avant l'adjudication.[1] En cas de refus ou de dénégation, il pourrait solliciter une expertise.

Si les risques sont à la charge du premier adjudicataire jusqu'au jour de la deuxième adjudication, toujours est-il que la revente, résolvant l'adjudication primitive, fait considérer le saisi comme ayant conservé la propriété de l'immeuble jusqu'à la transcription du jugement de surenchère. Il résulte que les droits réels consentis par le premier adjudicataire sont effacés en vertu de la règle *resoluto jure dantis, resolvitur jus accipientis.* Ainsi, les hypothèques et les servitudes constituées par lui sur l'immeuble sont considérées comme émanant *a non domino.* Mais les baux passés par le premier adjudicataire seront-ils opposables à l'adjudicataire sur surenchère? « Sans doute, dit « M. Duvergier,[2] l'acquéreur n'a pu imposer sur « l'immeuble des charges qui subsistent après que « son droit est éteint; mais il a eu la faculté de

1. Cass., 14 nov. 1881. D. P., 1882, 1, 168.
2. Duvergier. Louage, 1, n° 85.

« faire des actes d'administration dont la durée se « prolonge après l'extinction de son droit et la « résolution qui s'opère par l'effet de la surenchère « ne doit pas être plus absolue, plus radicale que « celle qui est produite par l'exercice du réméré, « par l'action en rescision, par le défaut de paie- « ment, par la vente sur folle-enchère. »

La Cour de cassation a adopté cette doctrine de M. Duvergier.[1]

Le premier adjudicataire étant regardé comme étranger à la propriété de l'immeuble par suite de la résolution de ses droits, nous devons décider qu'il doit rendre au saisi ou à ses créanciers, s'ils entendent se prévaloir des articles 682 et 685 du Code de procédure civile, les fruits produits par l'immeuble depuis son entrée en jouissance. Pas plus que le premier adjudicataire, l'adjudicataire sur surenchère ne peut prétendre aux fruits intérimaires : on ne saurait faire remonter son titre au jour d'une adjudication mise à néant.[2]

Puisque c'est le saisi qui transfère directement la propriété de l'immeuble à l'adjudicataire sur surenchère, il suit que si le prix d'adjudication est supérieur au montant des sommes dues aux créanciers, l'excédant appartient au saisi et non à l'adjudicataire surenchéri. Il suit encore que les hypothèques consenties par le saisi jusqu'à la transcription du jugement de surenchère sont valables puisqu'elles émanent du véritable proprié-

1. Cass., 30 mars 1842. D. P., 1842, 1, 172.
2. Cass., 6 décembre 1870. D. P., 1872, 1, 438.

taire. On sait, en effet, que la transcription de la saisie ne dépouille pas le saisi de son droit de propriété et qu'il a le pouvoir d'hypothéquer : cela résulte clairement de la discussion de la loi de 1841. Cette conséquence est repoussée par un arrêt de la Cour de Montpellier, mais adoptée par d'autres Cours. [1]

Cependant les hypothèques consenties par le saisi depuis la première adjudication et inscrites avant la transcription de la deuxième adjudication ne pourront pas donner de droit de suite contre l'adjudicataire sur surenchère qui n'a plus à craindre d'être dépossédé par une surenchère des créanciers inscrits.

L'adjudicataire sur surenchère évincé a-t-il droit à la garantie ? Oui, mais cette garantie ne peut être exercée que contre le saisi qui a été appelé à la vente ; il a pu prendre communication du cahier des charges et le faire modifier. Le créancier poursuivant ne saurait être inquiété : il a provoqué la vente, mais ce n'est pas lui qui a vendu.

L'adjudicataire définitif doit acquitter en sus de son prix les frais occasionnés par la revente sur surenchère. Il va de soi que ces frais ne peuvent pas, comme les frais ordinaires de poursuite, être prélevés par privilège sur le prix d'adjudication. S'il en était ainsi, il arriverait souvent, dans les ventes de peu d'importance où les frais ne sont pas

1. Montpellier, 10 décemb. 1864. S., 1865, 2, 144. — Bordeaux, 24 avril 1845. D. P., 1846, 2, 50. — Besançon, 13 juin 1848. D. P., 1851, 2, 42.

en proportion du prix d'adjudication, que la surenchère, au lieu d'être favorable aux créanciers inscrits, au saisi ou au vendeur, leur serait préjudiciable au cas où le supplément de prix serait inférieur au montant des frais de la procédure de revente.

§ II. *L'adjudicataire sur surenchère est l'adjudicataire primitif.* — L'adjudication sur surenchère du sixième prononcée au profit du premier adjudicataire ne confirme pas l'adjudication primitive : elle est pour lui un nouveau titre d'acquisition. Il ne faut donc pas assimiler l'adjudicataire surenchéri, resté adjudicataire définitif, au tiers détenteur d'un immeuble hypothéqué dont les offres à fin de purge ont été refusées et qui est devenu adjudicataire sur la surenchère du dixième formée par l'un des créanciers inscrits. L'adjudicataire surenchéri du sixième n'avait acquis, par le premier jugement, qu'un droit résoluble que la seconde adjudication a effacé en lui transférant un droit définitif. Ainsi, tandis que le tiers détenteur est dispensé de la transcription du jugement d'adjudication, l'adjudicataire sur saisie resté adjudicataire sur surenchère du sixième, doit faire transcrire le second jugement (article 2189 du C. c.).

Nous n'avons rien à ajouter en ce qui concerne les hypothèques consenties par le saisi, l'excédant du prix sur les sommes dûes et la restitution des fruits : les principes à appliquer sont les mêmes, que l'adjudication sur surenchère ait été prononcée

au profit d'un tiers ou au profit de l'adjudicataire primitif.

Nous avons dit que les jugements d'adjudication statuant en même temps sur des incidents, pouvaient être attaqués par la voie de l'appel, d'après l'article 730, § 2. D'où cette conséquence que si aucun incident n'a été soulevé au cours de la procédure de surenchère, le jugement d'adjudication est inattaquable. Comment alors procéder si ce jugement est entaché de nullité à raison d'un vice de rédaction ou de tout autre ?

Le jugement qui ne fait que prononcer une adjudication est un procès-verbal plutôt qu'un jugement proprement dit : c'est un acte de juridiction gracieuse. Il peut toujours être attaqué par une action principale en nullité. [1] Si cette action en nullité est déclarée recevable et fondée, l'annulation du jugement d'adjudication sur surenchère, ne fait pas revivre la première adjudication qui a été pour toujours anéantie par la première à laquelle elle a été substituée.

SECTION VI

FRAIS ET DÉPENS. — ENREGISTREMENT

Nous ne voulons pas traiter des controverses de taxe auxquelles peut donner lieu le règlement des frais et dépens en matière de surenchère du sixième.

1. Orléans, 25 août 1847. D. P., 1848, 2, 85.

Un tel sujet, bien que méritant l'attention, serait trop aride, trop compliqué de chiffres pour faire l'objet d'une partie de notre étude.

Contentons-nous d'exprimer le regret de voir la jurisprudence et les commentateurs des tarifs civils de 1807 et de 1841 se livrer, à l'occasion des émoluments dûs pour les ventes immobilières et notamment pour les adjudications sur surenchère, à des interprétations véritablement judaïques. On mesure le plus qu'on peut les salaires des avoués sans prendre garde que ces salaires sont des indemnités bien insuffisantes quand on les compare à la responsabilité que la procédure des adjudications leur fait encourir.[1] Les frais de justice sont trop élevés : nous en convenons autant et plus que personne. Mais est-il donc juste que les avoués soient victimes de l'accroissement continuel des besoins du Trésor? Pourquoi l'Etat, qui ne peut rien sacrifier des ressources que lui procurent les frais de justice, ferait-il étalage de générosité au détriment des officiers ministériels? Loin d'être exagérés, les émoluments des avoués, même pour les ventes, sont modiques en raison du surhaussement de toutes choses. « Cette surélévation de ce « qui est nécessaire à la vie, disait fort justement « Mourlon,[2] ne s'applique pas seulement aux « grandes villes, le village le plus éloigné du centre « en souffre. La situation sociale du fonctionnaire

1. Boucher d'Argis. Dictionn. de la Taxe. V° Saisie-immob., n° 36.

2. Mourlon. Rémunérat. des offic. publics et ministériels. Av.-propos du formulaire général des notaires.

« est plus élevée; ses obligations sont plus lourdes; « il ne trouve qu'à grands frais des auxiliaires « qu'il avait anciennement pour rien ; la richesse « sociale s'est accrue ; le numéraire s'est avili ; les « salaires de toutes les professions ont augmenté « d'une manière inquiétante ; la rémunération « seule des officiers publics et ministériels est « restée telle qu'elle était en 1807 ! »

Il y a longtemps que Mourlon a écrit ces lignes. Que dirait-il donc aujourd'hui !

Autant la jurisprudence se montre dure pour les officiers ministériels, autant elle semble encourager les revendications de l'administration de l'enregistrement en appliquant dans son sens le plus rigoureux la législation fiscale.

En matière d'enregistrement, le principe est que toute mutation de propriété est sujette au droit proportionnel (art. 41. L. 22 frimaire an VII). Chaque fois que la propriété passe d'une tête sur une autre, le droit est donc exigible. D'après cette règle on aurait dû percevoir deux droits de mutation quand une vente est suivie d'une nouvelle adjudication sur surenchère, car, dans l'intervalle entre la première adjudication et la seconde, la propriété a résidé sur la tête du premier adjudicataire. La législation a apporté une dérogation à la rigueur du principe. Elle a considéré que la surenchère produit l'effet d'une condition résolutoire qui se trouvait tacitement apposée à la première vente par le législateur lui-même. Le premier contrat se

trouve résolu malgré la volonté de l'acquéreur ; la seconde adjudication s'identifie avec la première au point de vue de l'impôt comme si elles ne formaient qu'une seule mutation. En d'autres termes, c'est par un bénéfice du droit fiscal, contraire à la saine notion des règles de la loi civile, que deux droits de mutation ne sont pas exigés.[1]

Il faut distinguer les droits proportionnels et le droit fixe. Par droits proportionnels, nous entendons : 1° le droit de mutation fixé à 5,50 % (y compris le droit de transcription) par l'article 52 de la loi du 28 avril 1816 ; 2° le droit de rédaction ou de greffe fixé, par l'article 1er du décret du 12 juillet 1808, à 50 centimes % sur les premiers mille francs et à 25 centimes % sur tout ce qui excède, sans que ce droit puisse jamais être inférieur à 1,25. Le droit de mutation a été majoré de deux décimes et demi en vertu des lois des 6 prairial an VII, 23 août 1871 et 30 décembre 1873. Le droit de greffe ou de rédaction est passible du double décime établi par les lois de prairial et de 1871, mais affranchi du demi-décime créé par la loi de 1873. Lorsqu'il n'y a pas de mutation de propriété, le droit de rédaction est fixe : dans le cas contraire, il est de 4,50 % en principal et doit être, comme le droit proportionnel, majoré de deux décimes.

La mutation résultant de la surenchère n'a pas été l'objet d'une disposition spéciale du tarif de la loi du 22 frimaire an VII. Cependant, comme les

1. Demante, 189.

caractères de l'opération ne diffèrent pas essentiellement des caractères de la revente sur folle-enchère, on applique, par analogie, la disposition qui atteint cette revente.

Si le premier jugement d'adjudication n'est pas enregistré au moment où l'immeuble est surenchéri, il est affranchi des droits proportionnels, mais il reste soumis au droit fixe, de sorte que si la peine du double droit est encourue, à défaut de paiement du droit fixe dans le délai, ce double droit doit être acquitté par le premier adjudicataire nonobstant la surenchère, indépendamment du droit simple, lequel est à la charge de l'adjudicataire sur surenchère. Cette hypothèse du double droit ne peut pas se présenter en matière de surenchère du sixième pour les droits proportionnels. Le délai pour faire enregistrer un jugement est de vingt jours ; or, comme la surenchère doit être faite dans les huit jours, il suit que le premier adjudicataire est toujours dans le délai de l'enregistrement pour acquitter les droits proportionnels. Si la surenchère est déclarée nulle, la première adjudication est maintenue comme s'il n'y avait jamais eu surenchère. Mais le double droit proportionnel n'est encouru que si le droit simple n'est pas acquitté dans les vingt jours qui suivent le jugement prononçant la nullité.

Dans la théorie fiscale conforme à celle de la Cour de cassation, ce n'est pas la revente qui produit l'effet d'une condition résolutoire accomplie : c'est la surenchère elle-même.

Lorsque le droit proportionnel a été acquitté par le premier adjudicataire au moment ou survient la surenchère, les deux mutations successives ne donnant ouverture qu'à un droit unique, la régie doit imputer sur l'enregistrement de la seconde ce qu'elle a perçu sur la première et se borner à percevoir sur la différence, sauf le recours en remboursement du premier adjudicataire contre le second.

Il peut arriver, notamment en matière de licitation, que le droit à percevoir sur l'adjudication définitive soit moindre que celui auquel la première mutation a donné ouverture. Prenons un exemple : le premier adjudicataire, non parent, a acquitté le droit de 5,50 % sur la totalité de son prix ; le second adjudicataire est un co-licitant, il ne devra, supposons-le, que 4 % sur les parts qu'il aura acquises. Dans ce cas, la régie refuse de restituer la différence entre le droit perçu et le droit exigible, soit 1,50 %. Est-ce avec raison ? La Cour de cassation dans deux arrêts[1] s'est prononcée pour l'affirmative : « L'article 60 de la loi du 22 frimaire « an VII, dit-elle en substance, dispose que tout « droit d'enregistrement régulièrement perçu en « conformité de la loi ne peut être restitué, quels « que soient les événements ultérieurs, sauf les cas « que la loi elle-même a prévus. Or, aucune loi n'a « prévu comme cas de restitution, celui où après « le paiement du droit d'enregistrement par l'adju-

1. Cass., 13 avril 1847. D. P., 47, 1, 142. — 23 juillet 1849. D. P., 49, 1, 239.

« dicataire, l'un des co-licitants se rend adjudica-
« taire sur une surenchère formée par lui ou par
« toute autre personne. » Nous ne pouvons admettre cette théorie : en poussant à l'extrême les conséquences de l'article 60 de la loi du 22 frimaire an VII, déjà bien assez rigoureux, on arrive à des résultats regrettables. *Summum jus, summa injuria.*

L'effet de la revente sur surenchère, avons-nous dit, est d'annuler d'une manière si absolue la première adjudication que le premier adjudicataire est censé n'avoir jamais été propriétaire, sauf le cas où lui-même deviendrait de nouveau adjudicataire sur la surenchère ; à telles enseignes que l'excédant du prix résultant de la surenchère n'appartient pas à l'acquéreur évincé, mais au vendeur, et que les hypothèques du chef de cet acquéreur évincé ne frappent pas l'immeuble surenchéri. La propriété passe directement du vendeur à l'adjuditaire sur surenchère. La régie ne conteste pas ce principe puisqu'elle ne perçoit qu'un seul droit sur les deux mutations. Cela étant, si le second adjudicataire est un co-licitant, les droits sur la totalité du prix de la vente ne sont dûs par lui qu'en cette qualité : par suite, il doit être fait déduction du droit proportionnel sur toute la partie de la propriété qui lui advient à titre successif. La situation est exactement la même que si, dès la première adjudication, le co-licitant eut été déclaré adjudicataire et que cette adjudication n'eût été suivie d'aucune surenchère. L'administration et la Cour de cassation excipent vainement de l'article

60 de la loi du 22 frimaire an VII. Les droits régulièrement perçus ne peuvent être restitués quels que soient les événements ultérieurs : soit ! Mais la régie ne contrevient-elle pas elle-même à ce principe en imputant à l'adjudicataire définitif les droits payés par le premier ? Cette imputation n'est pas autre chose qu'un remboursement. De plus, il existe un avis du Conseil d'Etat du 18 octobre 1808, qui, dans son deuxième paragraphe, dispose que les droits perçus doivent être restitués *lorsqu'une adjudication d'immeubles en justice est annulée par les voies légales* : or, la surenchère est bien une voie légale pour annuler la première adjudication qui n'est alors considérée que comme une simple mise à prix n'entraînant aucune mutation de propriété. [1]

La loi de dégrèvement du 23 octobre 1884 qui a trait aux ventes judiciaires d'immeubles dont le prix d'adjudication n'excède pas 2000 francs est applicable aux ventes et adjudications sur surenchère.

La question s'est élevée de savoir si, lorsqu'une adjudication comprend plusieurs lots dont le prix total dépasse 2000 francs et qu'un des lots, frappé de surenchère, est adjugé ensuite pour une somme inférieure à 2000 francs, la seconde adjudication doit profiter de la restitution des droits de timbre et d'enregistrement perçus par l'administration. Nous opinons pour l'affirmative. Le lot surenchéri doit être considéré comme un lot non

1. V. dans ce sens un jugement du tribunal de Limoges du 31 décembre 1844. D. P., 45, 4, 237.

adjugé, puisque la revente sur surenchère fait tomber l'adjudication primitivement prononcée ; l'adjudication sur surenchère doit donc profiter de la faveur de la restitution des droits comme étant une remise en vente du lot vainement proposé aux enchères la première fois. [1]

La régie n'admet pas cette opinion : pour elle, il n'y a pas deux mutations successives, mais deux phases d'une même opération. Elle ne sépare pas l'adjudication sur surenchère de la vente qui l'a précédée. La surenchère portée sur un seul lot aurait pour résultat, selon son dire, de tenir en suspens le sort de l'adjudication tout entière. Pour savoir si la restitution des droits est autorisée elle réunit les deux prix et raisonne comme si le second n'était que le complément du premier. La Cour de cassation a adopté la théorie de l'administration de l'enregistrement par un arrêt du 18 mai 1887. [2]

1. Jugement du tribunal de Sainte-Menehould du 13 mai 1885. Journ. des not., 23, 517.

2. *La Loi*, 22 mai 1887.

CHAPITRE DEUXIÈME

DE LA SURENCHÈRE DU DIXIÈME PAR LES CRÉANCIERS INSCRITS APRÈS ALIÉNATION VOLONTAIRE

A Rome, on trouvait parfois dans les contrats de vente une clause par laquelle le vendeur se réservait le droit d'annuler l'aliénation si, dans un délai déterminé, il rencontrait un second acquéreur lui offrant un prix plus élevé. On appelait cette stipulation *addictio in diem. In diem addictio ita fit, ille fundus centum esto tibi emptus, nisi si quis intra Calendas Januarias proximas meliorem conditionem fuerit, quo res a domino abeat.* [1] Toutefois, lorsque la chose vendue était un immeuble grevé d'hypothèques, le créancier n'était pas admis, pour acquérir la propriété de son gage, à offrir un supplément de prix : *Si in venditione pignoris con-*

1. L. 1. De in diem addict., XVIII, 2.

senserit creditor, dicendum erit pignus liberari, nisi salvâ causâ pignoris sui consensit : [1] il avait seulement la faculté de contraindre le tiers détenteur à lui payer le montant de sa créance ou à délaisser l'immeuble. Mais, lorsque la vente avait eu lieu avec l'assentiment du créancier et que celui-ci avait accepté le prix fixé entre le vendeur et l'acquéreur, ce consentement avait pour effet de purger l'immeuble de l'hypothèque : le tiers-acquéreur, après avoir acquitté son prix, n'avait plus à redouter d'être poursuivi pour la somme restant due au créancier. *Qui a creditore pignori obligatum prædium jure emit, de proprietate vinci non potest.* [2]

On suivit, en France, les traditions du droit romain jusqu'en 1771. A cette époque fut rendu un édit aux termes duquel tout créancier, même chirographaire du vendeur, eût le droit de surenchérir du dixième le prix d'un immeuble aliéné à l'amiable. Une nouvelle adjudication n'était pas nécessaire : il suffisait que l'acquéreur, pour n'être pas évincé, payât le prix accru de la surenchère.

La loi hypothécaire du 11 brumaire an VII modifia complètement la législation de l'ancien droit. Elle n'admit plus à surenchérir, en matière d'aliénation volontaire, que les créanciers ayant inscription. De plus, elle fixa au vingtième du prix la

1. L. 3, § 1. Quib. mod. pign., XX, 6.
2. L. 18. C. De dist. pign., VIII, 28.

quotité de la surenchère et exigea une réquisition de mise en adjudication.

La surenchère de la loi de brumaire différait notablement de la surenchère actuelle : dans le cas où il ne se présentait pas de nouveaux enchérisseurs sur la mise aux enchères et que le surenchérisseur ne réquérait pas adjudication à son profit, la propriété de l'immeuble demeurait à l'acquéreur primitif moyennant le prix du contrat. Le surenchérisseur restait tenu de payer au vendeur le supplément de prix qu'il avait inutilement offert et d'acquitter les frais de la tentative de revente. (L. 11 brum. an VII, art. 18).

Actuellement, le droit de surenchérir après aliénation volontaire est réglé par les articles 2185 et 2187 du Code civil et par les articles 832, 833, 836, 837 et 838 du Code de procédure, lesquels ont été modifiés : les quatre premiers par la loi du 2 juin 1841, et le dernier par la loi du 21 mai 1858. Citons encore, pour être complet, la loi du 21 février 1827 qui dispose, dans son article unique, que si la mise aux enchères est requise au nom de l'Etat, le Trésor sera dispensé d'offrir et de donner caution. Après que l'acquéreur a fait, aux créanciers inscrits, les notifications prescrites par les articles 2183 et 2184 du Code civil, ces derniers peuvent en requérir la mise aux enchères sous les conditions déterminées par l'article 2185, et entre autres sous celle de porter le prix à un dixième en sus de celui stipulé au contrat ou

déclaré par l'acquéreur : la revente a lieu suivant les formes prescrites par l'article 2187.

La loi belge du 16 décembre 1851 est revenue au taux de la surenchère de la loi de brumaire, c'est-à-dire au vingtième. C'est avec raison, car la surenchère du dixième, lorsque la vente originaire n'excède pas 10.000 francs, en y joignant les frais qu'elle entraîne, conduit en définitive à une majoration de près de 30 % du prix offert.

Nous n'avons pas à revenir sur le caractère reconnu par la loi de 1841 à la surenchère en général. Rappelons seulement que, contrairement à la pensée du législateur de 1806, le législateur de 1841 a envisagé la surenchère comme l'exercice naturel d'un droit devant surtout avoir pour résultat de sauvegarder les intérêts des créanciers.

Dans la surenchère du dixième, ce sont les créanciers inscrits seuls qui jouissent de l'avantage de requérir la mise aux enchères. La surenchère du dixième est le complément des formalités de la purge des hypothèques. Elle n'est admise, en effet, qu'après que le vendeur a notifié son contrat aux créanciers inscrits avec offre de leur payer le montant de ce prix. On peut dire que toutes les fois qu'il y a lieu à purge, les créanciers inscrits peuvent surenchérir.

Nous n'avons donc qu'à nous poser cette question : quand la purge des hypothèques est-elle nécessaire ?

SECTION Ire

DES ALIÉNATIONS QUI DONNENT LIEU A LA PURGE DES HYPOTHÈQUES ET, PAR SUITE, A LA SURENCHÈRE DES CRÉANCIERS INSCRITS

On sait qu'il y a deux sortes de purges : 1° la purge des hypothèques inscrites, qui est la faculté accordée à l'acquéreur ou nouveau propriétaire d'un immeuble de se libérer des charges hypothécaires, en offrant aux créanciers inscrits le prix de cet immeuble ou sa valeur estimative ; 2° la purge des hypothèques légales, qui a pour but de mettre les créanciers à hypothèque légale, dispensés d'inscription, en demeure de s'inscrire dans le délai de deux mois à peine de déchéance du droit de suite (article 2195 du Code civil).

La purge non suivie de surenchère a pour effet de dégréver l'immeuble et de mettre l'acquéreur à l'abri de l'exercice du droit de suite qui compète aux créanciers. Mais le défaut de surenchère ne rend pas le créancier non recevable à attaquer, pour cause de dol et de fraude, la vente consentie à vil prix par son débiteur. [1] Bien plus, s'il y a dissimulation du véritable prix, les créanciers ont contre

1. Bordeaux, 17 août 1828. D. P. 49, II, 61.

l'acquéreur l'action Paulienne de l'article 1167 quoiqu'ils soient sans droit de suite contre ce dernier. En conséquence la portion dissimulée du prix demeure le gage des créanciers du vendeur et est affecté aux droits concurrents ou de préférence qui peuvent leur appartenir. [1]

Dans le cas d'aliénations forcées, la purge a lieu de plein droit parce que ces aliénations emportent par elles-mêmes et sans aucune formalité subséquente, l'extinction de toutes les hypothèques, soit ordinaires, soit même légales qui grévaient l'immeuble, de telle sorte que les créanciers doivent se contenter du prix fixé par l'adjudication. L'adjudicataire se libère, dans ce cas, et libère l'immeuble par le paiement ou par la consignation du prix sans être obligé de remplir les formalités de la purge.

Telles sont : 1° *les adjudications sur saisie-immobilière.* Aux termes de l'article 717, alin. 7, du Code de procédure, « le jugement d'adjudication « dûment transcrit purge toutes les hypothèques et « les créanciers n'ont plus d'action que sur le « prix. » Suivant une opinion, il résulte de ces expressions « dûment transcrit » que la purge n'est produite que par la transcription du jugement d'adjudication. [2] Suivant un autre système, auquel nous donnons notre assentiment, le jugement d'adjudication produit par lui-même la purge. A partir de l'adjudication, la créance même non

1. Cass., 21 juillet 1857. D. P., 57, 1, 404.

2. Troplong. Transcription, n° 272. — Dalloz. Jurispr. gén. V° Vente publ. d'immeubles, n° 1816.

échue devient exigible ; le droit du créancier hypothécaire est transporté de l'immeuble sur le prix ; il y a un véritable contrat judiciaire, en vertu duquel l'adjudicataire est devenu débiteur direct de son prix, non seulement envers les créanciers qui se trouvaient inscrits à ce moment, mais encore envers ceux qui pourront s'inscrire jusqu'à la transcription du jugement d'adjudication. En conséquence, le jugement d'adjudication purge non-seulement les hypothèques constituées et inscrites avant la saisie, mais encore celles qui l'ont été, soit au cours de la poursuite, soit même entre le jugement et sa transcription.[1]

2° *Les aliénations pour cause d'utilité publique.* Que ces aliénations aient eu lieu soit par jugement, soit par suite de cessions amiables, les immeubles expropriés sont purgés de tous privilèges et hypothèques conditionnelles, judiciaires et légales à défaut d'inscription dans le délai de quinzaine à partir du jour de la transcription (articles 17 et 19 de la loi du 3 mai 1841).

3° *Les adjudications sur conversion de saisie.* La purge n'est opérée, dans ce cas, par le jugement d'adjudication, que s'il a été rendu *après* les sommations faites aux créanciers inscrits en conformité de l'article 692 du Code de procédure. Après ces sommations, le jugement ne peut être, en effet, rendu que du consentement de tous les créanciers inscrits. La position de ces derniers restant ainsi

1. Aubry et Rau, III, p. 500. — Cass., 6 mai 1878. D. P., 79, 1, 87.

la même que si l'expropriation forcée avait suivi son cours ordinaire, l'adjudication prononcée à la suite de la conversion doit produire la purge virtuelle de leurs hypothèques comme l'aurait produite un jugement d'adjudication sur expropriation forcée.[1]

Dans les adjudications sur expropriation forcée ou sur conversion de saisie après les sommations dont nous venons de parler, le prix à distribuer est fixé par l'adjudication elle-même s'il n'y a pas de surenchère du sixième ; s'il y a surenchère, il est fixé par l'adjudication qui en est la suite.

Toutes les aliénations volontaires sont, au contraire, soumises aux formalités de la double purge et, par conséquent, susceptibles de surenchère du dixième. A la différence des adjudications par suite de saisie-immobilière, les adjudications sur surenchère après aliénation volontaire et transcription, ne suffisent pas pour faire considérer les inscriptions comme ayant produit leur effet légal à dater de cette transcription. Ce n'est qu'à partir de la notification prescrite par l'article 2183 qu'elles doivent être réputées avoir produit leur effet et qu'elles sont dispensées de la nécessité du renouvellement.[2] Par aliénations volontaires nous entendons toutes celles qui ne rentrent pas dans la catégorie des ventes par expropriation forcée ou par expropriation pour cause d'utilité publique.

1. Aubry et Rau, III, p. 503, note 16.
2. Tribunal de Nîmes, 3 mars 1887. Pand., 87, II, 214.

Ces aliénations peuvent être faites soit à l'amiable, soit en justice.

Les aliénations volontaires faites à l'amiable sont les ventes ordinaires, les échanges, les donations, les dations en paiement effectuées avec des immeuble : par exemple les ventes consenties par l'un des époux au profit de l'autre dans les cas prévus par l'article 1595 du Code civil.

Les aliénations volontaires faites en justice sont celles que nous avons rappelées au chapitre I, section II, § I. Nous y comprenons les adjudications sur conversion de saisie *avant* les sommations aux créanciers inscrits et celles par suite de folle-enchère lorsque la première adjudication a été volontaire, même lorsque l'adjudication sur folle-enchère a anéanti une adjudication sur surenchère. Nous avons énoncé les motifs qui nous avaient fait adopter cette opinion et démontré qu'il n'y avait pas, dans ce cas, inobservation de la maxime : *Surenchère sur surenchère ne vaut.* Les raisons à déduire sont les mêmes pour la surenchère du dixième que pour la surenchère du sixième. Nous traiterons ci-après de la surenchère en matière de faillite.

Après une surenchère, il n'est reçu aucune autre surenchère. Le rapport de M. Persil, que nous avons cité, ne fait aucune distinction : de plus, un amendement de M. Martin (de l'Isère), qui avait pour objet de réserver aux créanciers inscrits, même après une surenchère du sixième, le droit spécial de surenchérir du dixième dans les quarante

jours des notifications, a été repoussé à la demande du garde des sceaux ; force nous est donc de nous incliner, tout en regrettant qu'une surenchère du sixième faite par toute personne, rende inadmissible la surenchère du dixième réservée aux créanciers inscrits. L'application du principe nous paraît singulièrement sacrifier les intérêts de ces derniers, qui, n'étant pas appelés à l'adjudication sur surenchère du sixième, ne sont pas à même de pousser les enchères afin de faire élever le prix à un chiffre suffisant pour couvrir le montant de leurs créances. Un créancier dont le domicile est éloigné a compté qu'il serait averti de l'aliénation de son gage, soit par les sommations prescrites en cas d'expropriation, soit par les notifications de purge en cas d'aliénation volontaire ; or, il arrive que, sans avoir reçu ni mise en demeure ni avertissement, ce créancier se trouve à son insu dépouillé du droit de surenchérir afférent à son hypothèque, et forcé d'accepter comme valeur de son gage un prix qu'il juge insuffisant. [1] En cas de revente sur surenchère du sixième après adjudication volontaire en justice, la purge dont le but est de mettre les créanciers hypothécaires en situation d'exercer la faculté de surenchérir, devient donc sans objet, par cela même qu'aucune autre surenchère n'est plus admissible. Un arrêt de la Cour d'Amiens [2] a cependant décidé que le droit de suite ne se trouvait pas définitivement converti en un droit sur le

1. Chauveau sur Carré, 5, n° 2394 *bis*. Petit, p. 210 et suiv.
2. Amiens, 17 mai 1851. S. 51, 2, 344.

prix dû par l'adjudicataire sur surenchère du sixième ; et il a conclu de là que si ce dernier venait, avant d'avoir versé son prix entre les mains des créanciers hypothécaires du débiteur, à revendre l'immeuble pour une somme supérieure, ceux-ci seraient autorisés à se faire colloquer, à l'exclusion des créanciers personnels de l'adjudicataire, sur l'intégralité de cette somme, sans distraction de la portion excédant le prix d'adjudication.

Les deux propositions renfermées dans cet arrêt sont, au dire de MM. Aubry et Rau, contradictoires. « L'exclusion de la faculté de surenchérir, disent « ces auteurs, emporte virtuellement conversion « du droit de suite en un droit sur le prix d'adju- « dication et enlève aux créanciers la possibilité de « réclamer quoi que ce soit en sus de ce prix. Il « est vrai que le droit de suite ne se trouvera pas « définitivement éteint, tant que le prix d'adjudi- « cation ne sera pas payé et qu'il pourra, à défaut « de paiement, s'exercer par voie de folle-enchère. « Mais si ce prix est offert aux créanciers hypo- « thécaires, peu importe qu'il le soit par l'adjudi- « cataire lui-même ou par son successeur ; ils ne « peuvent rien demander de plus, parce que leur « droit ne va pas au delà. » [1]

Il peut se présenter tel cas spécial où une adjudication prononcée par suite de surenchère doit être considérée comme une vente volontaire, sans rapport nécessaire avec la surenchère, lorsque, par

1. Aubry et Rau, III, p. 498, note 8.

exemple, elle a eu lieu en vertu d'un jugement rendu d'accord, par voie de transaction entre le poursuivant et le surenchérisseur, et sur d'autres bases que celles de la surenchère. C'est ce qui a été décidé par un arrêt de la Chambre des requêtes du 22 novembre 1843.[1] « Dans ce cas, dit l'arrêt, les « juges peuvent décider que cette adjudication « considérée comme vente volontaire, est passible « de la surenchère des créanciers inscrits, quoi- « qu'elle ait été précédée d'une première suren- « chère. »

Un immeuble sur lequel il existe des hypothèques inscrites et des hypothèques occultes a été vendu volontairement soit à l'amiable, soit en justice. Il n'y a pas eu de surenchère du sixième dans la huitaine. L'acheteur aurait pu procéder tout d'abord à la purge des hypothèques occultes ou tout au moins la faire marcher de pair avec la purge ordinaire ; mais, c'est précisément l'inverse qui a eu lieu ; il s'est borné à faire des notifications aux créanciers inscrits, conformément aux articles 2183 et 2184 du Code civil.

L'un des créanciers interpellés a fait une surenchère du dixième qui a été suivie d'adjudication. L'article 838 du Code de procédure décide que cette adjudication qui, par elle-même, purge toutes les hypothèques inscrites, laisse subsister sur l'immeuble adjugé et sans aucune altération toutes les hypothèques occultes. L'adjudicataire ne peut donc

1. Cass., 18 nov. 1843. Dalloz, V° Surenchère, n° 31, note 1.

se mettre à couvert contre elles qu'en remplissant les formalités prescrites par les articles 2193 et 2195 du Code civil. Mais, qu'arrivera-t-il si, dans cette dernière espèce, le créancier à hypothèque légale, régulièrement mis en demeure par l'adjudicataire, prend inscription dans les deux mois ? Sera-t-il admis à faire une nouvelle surenchère ?

Nullement. Il y aurait d'abord surenchère sur surenchère, ce qui est interdit. Et puis, on doit considérer que la purge légale tend moins à provoquer l'exercice de la faculté de surenchérir qu'à constituer en demeure de s'inscrire les créanciers dont les hypothèques sont occultes. Si donc, après une purge ordinaire suivie d'une adjudication sur surenchère, les créanciers à hypothèque légale, mis en demeure de s'inscrire par l'accomplissement des formalités de la purge spéciale autorisée à cet effet, conservent leur droit de suite au moyen d'une inscription prise dans les deux mois, ce droit ne leur confère cependant pas la faculté de faire une nouvelle surenchère ; il se trouve, pour eux comme pour les autres créanciers, converti en un droit sur le prix à payer par l'adjudicataire.[1]

On s'est demandé si une vente à réméré pouvait faire l'objet d'une surenchère comme une vente pure et simple. Nous ne voyons pas ce qui pourrait s'y opposer. La loi ne distingue pas entre la vente pure et simple et la vente faite avec faculté de

1. Aubry et Rau, III, p. 497, note 7. *Contrà*. Olivier et Mourlon. Comment. de la loi du 21 mai 1858, n° 249, p. 439 à 441.

rachat. La surenchère aurait cet avantage d'empêcher une vente à vil prix et de rendre inutile l'exercice de l'action Paulienne.[1] Un arrêt de Grenoble du 7 avril 1824 va même plus loin : il juge que le pacte de rachat n'est pas opposable aux créanciers inscrits et qu'en conséquence la surenchère peut être faite sans qu'il soit tenu compte de cette stipulation.[2]

SECTION II

DES BIENS POUVANT FAIRE L'OBJET DE LA SURENCHÈRE DES CRÉANCIERS INSCRITS

Tous les biens susceptibles d'être hypothéqués peuvent être l'objet d'une surenchère. Les droits d'usage et d'habitation, bien que immobiliers, étant incessibles, ne rentrent pas dans cette catégorie. Mais l'usufruit et l'emphytéose doivent y être compris. Nous sommes d'avis également d'y ranger le droit de servitude.

Des meubles devenus immeubles par destination lorsqu'ils ont été affectés au service d'une exploitation industrielle, reprennent leur nature de meubles du moment qu'ils sont vendus séparément

1. Bourges, 26 janvier 1822. Dalloz. V° appel incident, n° 138.

2. Grenoble, 7 avril 1824. Dalloz. V° Surenchère, 232.

de l'immeuble auquel ils avaient été attachés ; en conséquence, ils ne peuvent être l'objet d'une surenchère alors même que le cahier des charges de la vente l'aurait autorisée.[1] Les bâtiments construits par le locataire sur le terrain loué, conformément au bail, sont immeubles, et, par suite, la vente de ces bâtiments par adjudication peut être suivie de surenchère.[2]

Le créancier qui veut surenchérir ne peut exercer ce droit que sur les immeubles grevés de son hypothèque. Ainsi, s'il est inscrit sur une partie seulement d'un immeuble indivis, vendu en un seul lot, il ne peut surenchérir que sur la portion qui lui est affectée. Mais quand il s'agit des biens indivis d'une succession qui n'a pas encore été liquidée, le créancier d'un des co-héritiers peut surenchérir sur la totalité du prix si l'acquéreur n'a pas eu soin de se conformer à la disposition de l'article 2192 du Code civil aux termes duquel il doit être établi une ventilation dans les notifications. A part ce cas d'indivision, le défaut de ventilation ne peut conférer au créancier, qui n'a hypothèque que sur une partie, le droit de surenchérir sur la totalité. D'ailleurs, l'omission peut être ultérieurement réparée soit de bon gré par l'acquéreur, soit par une expertise ordonnée à la requête des créanciers.

Lorsque le créancier a une hypothèque générale sur des biens vendus en plusieurs lots, rien ne s'oppose à ce qu'il ne fasse porter la surenchère

1. Rouen, 25 juillet 1873. D. P. 75, 2, 7.
2. Paris, 27 août 1864. D. P. 66, 2, 180.

que sur un lot puisque l'hypothèque porte également sur tous les immeubles.[1] Nous reconnaissons ce droit au créancier qui a une hypothèque générale même lorsque, étant en concours avec des créanciers n'ayant que des hypothèques spéciales, la ventilation du prix des immeubles vendus en bloc n'a été faite par l'acquéreur, dans les notifications, que dans l'intérêt exclusif des créanciers spéciaux. Contrairement à cette opinion, un arrêt de Bourges[2] a décidé qu'un créancier à hypothèque générale sur plusieurs immeubles formant la même exploitation vendus en un seul lot et pour un seul prix, n'est admis à former de surenchère que sur l'ensemble de ces immeubles et non sur quelques-uns d'eux, encore qu'à raison des hypothèques spéciales dont plusieurs étaient grévés, l'acquéreur ait établi la valeur de chacun d'eux par ventilation.

De ce que le créancier à hypothèque générale ne peut pas demander la ventilation, s'ensuit-il qu'il n'ait pas le droit d'en profiter lorsqu'elle est faite par l'acquéreur ? S'il peut le plus, il peut le moins. En quoi la surenchère partielle du créancier à hypothèque générale peut-elle nuire aux créanciers spéciaux ?[3] Elle ne peut au contraire que leur être avantageuse, puisqu'elle a pour but d'augmenter la valeur du gage commun.

1. Carré, n° 2859.

2. Bourges, 5 mars 1841. Dalloz. V° Surenchère n° 42, note 1.

3. Petit, p. 444 et suiv.

SECTION III

DES CRÉANCIERS QUI PEUVENT SURENCHÉRIR DU DIXIÈME

Pour pouvoir surenchérir après une aliénation volontaire, il ne suffit pas d'être créancier privilégié ou hypothécaire, il faut encore avoir inscription sur l'immeuble aliéné. Nous avons vu qu'il en était autrement sous l'édit de 1771, lequel accordait le droit de surenchère à tout *créancier légitime*. La séparation des patrimoines, même régulièrement inscrite, ne saurait équivaloir au privilège et à l'hypothèque qui, seuls, confèrent un droit de suite aux termes de l'article 2166 du Code civil. Elle ne donne pas, par conséquent, le droit de surenchère, qui n'est accordé qu'aux créanciers dont le titre est inscrit.[1] Cette nécessité de l'inscription ne saurait être, cependant, étendue aux hypothèques légales qui ne sont pas soumises à cette formalité. M. Petit n'admet pas cette exception. « La dispense d'inscription dont jouissent les hypothèques légales par une faveur de la loi, dit-il, ne saurait, en ce qui concerne le droit de surenchère, suppléer à l'inscription même qui doit toujours précéder cette surenchère, puisque la loi ne distingue pas. »[2]

1. Tribunal de la Seine, 28 janvier 1887. Pand., 87, II, 341.
2. Petit. Traité des Surench., p. 293

Si la loi a exigé l'inscription, c'est parce que cette inscription constituait une publicité donnée à l'existence du privilège ou de l'hypothèque. En ce qui concerne les hypothèques légales, la qualité seule du créancier lui conférait un droit connu de tous. Cette qualité étant publique, il n'était pas nécessaire que les tiers fussent informés par une inscription de l'existence des créances garanties par ces hypothèques légales.

Le droit de surenchère est attaché à toute créance inscrite, quels que soient le rang et l'importance de la créance. Il suffit que cette inscription soit régulière, valable et antérieure à la transcription de l'acte d'aliénation.

L'inscription du privilège du vendeur et du copartageant peuvent même être inscrites, aux termes de la loi de 1855, après la transcription, pourvu que ce soit dans les quarante-cinq jours de l'aliénation.

Lorsque le prix est plus que suffisant pour acquitter intégralement le montant du passif hypothécaire, un créancier peut-il, malgré cela, surenchérir ce prix? Assurément, il est sans intérêt puisqu'il est sûr d'être désintéressé. Cependant la loi a consacré le droit des créanciers hypothécaires en termes si absolus qu'ils sont recevables à l'exercer même à défaut de tout intérêt appréciable. La jurisprudence est constante en ce point. Ce principe était également admis par l'article 9 de l'édit de 1771.

L'inscription du créancier omis sur l'état délivré

par le conservateur des hypothèques à la date du jour de la transcription ne saurait faire admettre ce créancier à surenchérir. « L'immeuble, dit l'article 2198 du Code civil, à l'égard duquel le conservateur aurait omis dans ses certificats une ou plusieurs des charges inscrites, en demeure, sauf la responsabilité du conservateur, affranchi dans les mains du nouveau possesseur, pourvu qu'il ait requis le certificat depuis la transcription de son titre. » Le droit de suite et le droit de surenchérir sont unis par un lien d'étroite corrélation : on ne peut concevoir l'un survivant à l'anéantissement de l'autre.

En matière de licitation, le créancier d'un co-licitant peut bien surenchérir les biens indivis qui ont été acquis par un étranger, [1] mais il serait déchu de ce droit si l'acquisition avait été consentie au profit d'un co-licitant autre que le débiteur, par cette raison que l'hypothèque n'aurait plus de valeur, en raison de l'effet déclaratif de l'aliénation (article 883 du Code civil).

Le droit de surenchère peut être exercé non seulement par le créancier inscrit, mais encore par ceux à qui il a cédé ses droits. Il faut, toutefois, que la cession ait été préalablement notifiée à l'acquéreur. La notification du transport pourrait même être faite avec la notification de la surenchère. La subrogation conventionnelle ou légale étant la substitution du subrogé aux droits du créancier,

1. Besançon, 5 mai 1855. D. P. 56, 2, 242.

comprend par cela même le droit de surenchère. Quant à la caution qui n'est subrogée aux droits du créancier que lorsqu'elle a payé la dette du débiteur principal, elle ne peut surenchérir qu'après le désintéressement du créancier.

Le droit de surenchérir est-il un de ces droits dont parle l'article 1166, exclusivement attachés à la personne du créancier ? Un débiteur de ce créancier pourrait-il l'exercer du chef de celui-ci ? Oui, répondrons-nous : le droit de surenchérir n'est pas un droit attaché à la *personne* mais à la créance : l'article 1166, dans ce cas, doit donc recevoir son application. [1]

Un créancier inscrit peut renoncer au droit de surenchérir et dispenser l'acquéreur de notifier son contrat. Mais encore faut-il que cette renonciation soit formelle : elle pourrait néanmoins être implicite, si, par exemple, le créancier inscrit avait été partie dans un règlement d'ordre arrêté de concert entre lui, les autres créanciers et le vendeur avec le concours de l'acquéreur.

Nous n'avons pas à revenir sur ce que nous avons dit, relativement à la capacité de surenchérir considérée comme corollaire de la capacité de s'obliger. Nous renvoyons aux observations que nous avons présentées à ce sujet dans notre premier chapitre, section II, relativement à la femme mariée, au mineur, à l'interdit, aux communes, aux établissements publics, au vendeur, au co-licitant, au

1. Petit, p. 333.

failli et au syndic du failli. Nous insistons encore une fois sur ce point, que la surenchère du sixième est permise au co-licitant mais non la surenchère du dixième. Cette distinction doit être également faite lorsqu'il s'agit d'une licitation entre époux d'immeubles dépendant d'une communauté dissoute. La femme créancière inscrite sur ces immeubles n'a pas le droit de former une surenchère du dixième, si, ayant figuré comme co-licitante à l'adjudication, elle se trouve, à ce titre, garante envers l'adjudicataire. Il en serait différemment en matière de surenchère du sixième pour les motifs que nous avons exposés. [1]

L'héritier bénéficiaire conserve sur la succession l'exercice de tous ses droits, comme tout autre créancier. Par conséquent, s'il a une hypothèque, à cette hypothèque sont attachés le droit de suite et, en cas de notifications, le droit de surenchère. Il n'encourt aucune déchéance par cela seul qu'il figure comme vendeur dans la vente des biens de la succession. Il n'agit à cette occasion que comme mandataire chargé par la loi de l'administration de ces biens. Il ne saurait donc être personnellement garant des actes qu'il accomplit en cette qualité dans les formes prescrites.

1. Cassat., 30 janvier 1861. D. P., 61, 1, 211.

SECTION IV

PROCÉDURE DE LA SURENCHÈRE DES CRÉANCIERS INSCRITS

§ I. *Du délai pour surenchérir.* — La réquisition de surenchère par un créancier inscrit doit être signifiée à peine de déchéance, même contre les mineurs, dans les quarante jours qui suivent les notifications (art. 2185). Le jour des notifications ne compte pas. Si l'acquéreur avait notifié son contrat par des exploits séparés et à des dates différentes, le point de départ du délai n'en serait pas moins fixé pour chacun des créanciers par la notification qui lui aurait été faite individuellement. La notification est valable alors que, s'adressant au créancier mineur, elle est faite au subrogé-tuteur et non au tuteur qui avait requis inscription, s'il est constaté qu'il y avait opposition d'intérêts entre le mineur et le tuteur. Le délai de quarante jours accordé au créancier mineur pour surenchérir court à partir de la notification faite au subrogé-tuteur.[1] L'article 2185 ne parle que des créanciers inscrits : quel sera le délai pour les créanciers à hypothèque légale non soumise à la formalité de l'inscription ?

Si l'inscription, malgré cette dispense, a été

1. Cass., 26 nov. 1884. D. P., 85, 1, 115.

prise, l'acquéreur la trouvera mentionnée dans l'état que le conservateur des hypothèques lui délivrera sur la transcription : il devra donc notifier au créancier au profit duquel l'hypothèque légale aura été inscrite et ce créancier aura, comme les autres, un délai de quarante jours pour surenchérir.

La difficulté se présente lorsque l'inscription d'hypothèque légale n'a pas été prise. Dans ce cas, le délai pour surenchérir, disent certains auteurs,[1] ne sera pas celui de quarante jours fixé par l'article 2185 pour la purge des hypothèques inscrites, mais celui de deux mois déterminé par l'article 2194 pour la purge légale. Dans ce système, les créanciers à hypothèque légale sont mis en demeure tout à la fois et de requérir inscription et de former leur surenchère, et les deux mois exigés pour l'exposition du contrat de vente sont aussi la limite du délai accordé pour surenchérir.

Nous n'admettons pas cette doctrine. Les formalités prescrites par l'article 2194 du Code civil n'ont point pour objet de constituer la femme ou les mineurs en demeure de surenchérir. Ce qui le prouve, c'est que cet article prescrit seulement à l'acquéreur de signifier l'extrait du dépôt de son contrat, mais ne lui impose pas de notifier le tableau des hypothèques inscrites qui, seul, peut faire connaître si le créancier a intérêt à former une surenchère. L'acquéreur ne fait pas d'offres à la

1. Troplong, nos 921, 982, 995 ; Bioche, n° 87 ; Petit, p. 381 et suiv. — Bordeaux, 1er juin 1863. D. P., 66, 5, 454. — Paris, 26 nov. 1857. D. P., 58, 2, 143.

femme ou aux mineurs ; il ne contracte envers eux aucun engagement ; il n'est même pas obligé de faire les ventilations prescrites par l'article 2192. Ce qui vient encore à l'appui de l'opinion que nous défendons, c'est que l'article 2194 déclare que l'inscription d'hypothèque légale, prise dans les deux mois de la signification de l'acte de dépôt, aura le même effet que si elle eût été prise le jour du contrat de mariage de la femme ou de l'entrée en fonctions du tuteur : d'où il suit que la femme et le mineur, en faisant inscrire leur inscription, rentrent dans le droit commun et que l'acquéreur ne peut purger leur hypothèque inscrite que suivant les formalités prescrites par l'article 2183.

Ce délai de quarante jours était, aux termes de l'article 2185, augmenté de deux jours par cinq myriamètres de distance entre le domicile élu dans l'inscription hypothécaire et le domicile réel du créancier qui requiert la surenchère. Ce délai supplémentaire a été réduit à un jour pour la même distance par la loi du 3 mai 1862. Ce délai est opposable aux créanciers demeurant à l'étranger. Ils ne peuvent invoquer l'article 73 du Code de procédure qui ne s'applique qu'aux exploits d'ajournement.

Le créancier inscrit est-il obligé, pour pouvoir surenchérir, d'attendre que l'acquéreur lui ait notifié son contrat d'acquisition ? La jurisprudence est divisée. L'article 2185, affirment certaines Cours,[1] n'impose pas cette obligation à peine de

1. Rennes, 6 août 1849. D. P., 51, 2, 136. — Limoges, 20 févr. 1858. D. P., 58, 2, 125.

nullité ; peu importe que la surenchère ait lieu avant ou après les notifications. Nous ne sommes pas de cet avis. L'article 2185 nous paraît formel : « *Lorsque,* le nouveau propriétaire *a fait* cette « notification, tout créancier dont le titre est « inscrit *pourra,* etc..... » C'est donc à partir des notifications que s'ouvre le droit de surenchérir. « Le droit de requérir la mise aux enchères, disent « MM. Aubry et Rau, qui forme le correctif de la « faculté de purger, est subordonné à l'exercice de « cette faculté. Il en résulte qu'une réquisition de « mise aux enchères faite avant toute notification à « fin de purge, doit être rejetée comme prématurée. »[1]

§ II. *Forme de la réquisition de surenchère.* — Les difficultés sur ce point ne portent que sur des controverses d'espèces. L'article 832 du Code de procédure est suffisamment explicite pour se passer de commentaires. L'acte de réquisition de mise aux enchères doit contenir, avec l'offre de surenchérir du dixième, l'indication de la caution et assignation à trois jours francs devant le tribunal de la situation des biens, pour la réception de cette caution. L'assignation doit être notifiée par un huissier commis à l'acquéreur surenchéri au domicile de son avoué et au débiteur à son domicile réel, avec copie de l'acte de soumission de la caution et du dépôt au greffe des titres qui constatent la solva-

1. Aubry et Rau, III, p. 522. — Dijon, 16 mai 1876. D. P., 77, 2, 170.

bilité de celle-ci. C'est le président du tribunal du débiteur qui doit désigner l'huissier chargé de notifier l'acte au domicile réel, et le président du tribunal de l'avoué constitué celui qui aura à faire la notification à l'adjudicataire surenchéri. L'original et les copies de l'assignation doivent être signées par le créancier réquérant ou par son fondé de pouvoir exprès : il doit être, en même temps, donné copie du pouvoir.

La formalité de la signature du surenchérisseur ou de son mandataire est exigée en raison de l'importance et des conséquences de la réquisition de surenchère : le législateur a voulu empêcher toute action en désaveu contre l'avoué ou contre l'huissier. Si, au lieu de proposer une caution, le surenchérisseur offre un nantissement en argent ou en rentes sur l'Etat, il doit être donné copie également de l'acte contenant la réalisation du nantissement.

§ III. *De la caution et du nantissement.* — Le créancier inscrit ne doit pas se contenter d'offrir de surenchérir du dixième, il faut, en outre, qu'à l'appui de son offre il garantisse l'attribution du nouveau prix aux ayants droit. En imposant cette garantie, le législateur s'est proposé de prévenir l'abus du droit de surenchère qui, témérairement exercé, eût résolu inutilement le contrat intervenu entre le vendeur et l'acquéreur et rendu nécessaires des poursuites sur folle-enchère contre le surenchérisseur insolvable. L'article 2185 du Code civil

prescrit donc l'obligation de fournir caution à peine de nullité de la surenchère et exige que la caution soit donnée tant pour le prix principal que pour les charges de l'adjudication. Cette caution ne saurait être ni remplacée ni complétée par l'offre d'une hypothèque même sur des biens libres.

Quelque puisse être la solvabilité personnelle du surenchérisseur, il n'est jamais dispensé de fournir caution. A l'origine, le Trésor public lui-même était soumis à cette formalité rigoureuse : il a fallu une loi pour l'en exonérer. Cette loi, dont nous avons déjà parlé, est du 21 février 1827 : elle consacre un privilège au profit du fisc seul et ne saurait être appliquée par analogie aux établissements publics, aux communes, etc.

La caution doit avoir son domicile dans le ressort de la Cour d'appel ; sa solvabilité est justifiée par des titres prouvant sa propriété sur des immeubles. Cette justification est exigée par les articles 2018 et 2019 du Code civil. En ce point, comme en beaucoup d'autres, la loi affecte de ne pas tenir compte de la propriété mobilière. Un tel préjugé fait sourire, car, on le sait, le commerce et l'industrie ont pris dans ces derniers temps un tel essor que, aujourd'hui, la propriété mobilière représente trois fois plus de richesses que la propriété immobilière et s'élève en France au chiffre de plus de cent milliards de francs. [1]

Quoi qu'il en soit, le juge, appelé à statuer sur

1. Glasson. Elém. de dr. français, I, p. 275.

la solvabilité de la caution proposée par le créancier surenchérisseur, est tenu d'appliquer le principe posé par le législateur. C'est ainsi qu'il devra refuser de recevoir la caution qui n'aura à présenter qu'une part dans des immeubles indivis : une vente sur licitation prononcée au profit d'un des co-propriétaires aurait, en effet, pour conséquence de faire réputer celui-ci propriétaire *ab initio* et de grever l'immeuble des hypothèques judiciaires prises par ses créanciers.

Les immeubles de la caution doivent être libres ou du moins n'être pas grevés au point de ne pas avoir une valeur suffisante pour garantir la surenchère. La loi veut que la propriété des immeubles soit justifiée par des titres, mais cette justification ne saurait être exigée pour établir leur valeur. Si donc cette valeur est contestée, elle peut être évaluée par des experts ou établie par un extrait de la matrice du rôle des contributions constatant le revenu réel des biens.

Malgré les termes précis de l'article 2018 du Code civil, qui ne considère que la fortune foncière de la caution, il est permis de soutenir que le surenchérisseur peut présenter une caution justifiant de sa solvabilité personnelle par un nantissement. Nous verrons que le surenchérisseur a la faculté de fournir un nantissement à défaut de caution. Ce qui est admis pour le surenchérisseur doit l'être également pour la caution elle-même. *Ubi eadem ratio, idem jus.* Sans doute l'article 2109 dit bien que la solvabilité de la

caution ne s'estime qu'eu égard à ses propriétés foncières, excepté en matière de commerce ou lorsque la somme est modique ; sans doute aussi, quand il s'agit, à proprement parler, d'apprécier la solvabilité de la caution, il faut s'en tenir strictement à la disposition de l'article 2019. Mais, avec un gage en argent ou en inscription de rentes sur l'Etat, il n'y a plus à rechercher si la caution est solvable et à supputer, pour en obtenir la preuve, la valeur de ses propriétés, l'acquéreur a sous la main la meilleure des garanties, une sûreté parfaite. Comment donc pourrait-il la refuser ? Un arrêt de la Cour de cassation a consacré cette doctrine par un arrêt du 15 mai 1877.[1]

Certains auteurs[2] enseignent que le surenchérisseur qui a offert une caution insuffisante est déchu du droit d'en offrir soit une nouvelle soit une autre à titre de complément de la première, se trouvât-il encore dans le délai de quarante jours de l'article 2184. La nullité de la surenchère, disent-ils, est un fait acquis que l'offre d'une caution valable ne peut ultérieurement réparer. Un arrêt de la Cour de Besançon du 16 mars 1877 a statué dans ce sens.[3]

Nous repoussons cette opinion. Nous pensons que la caution présentée d'ailleurs dans les quarante jours à partir de la notification du contrat, doit être déclarée valable dès qu'elle réunit les

1. Req., 15 mai 1877. D. P., 1877, 2, 192.

2. Chauveau sur Carré, quest. n° 2486. — Troplong, hypoth. 4 n^os^ 942 et 945. — Petit, Surenchère, p. 512.

3. Besançon, 16 mars 1877. D. P., 1877, 2, 192.

conditions voulues par la loi au moment où le tribunal est appelé à donner son avis sur la validité de la surenchère. La loi du 2 juin 1841 décide bien, dans l'article 832, que si la caution est rejetée, la surenchère est annulée, mais elle ne s'explique pas sur le point de savoir à quel moment la suffisance de cette caution doit être appréciée. La simultanéité de la signification de l'acte de soumission de caution avec l'assignation n'est pas prescrite à peine de nullité. Il y a donc lieu d'appliquer le droit commun : or, il est de principe que la suffisance ou l'insuffisance d'une caution ne doit être estimée que d'après l'état où elle se présente au moment où le juge en prononce l'admission ou le rejet. A plus forte raison n'est-il pas indispensable que toutes les pièces destinées à constater la solvabilité de la caution soient fournies au moment de sa présentation : la production peut être complétée par le dépôt de pièces nouvelles jusqu'au jugement à intervenir pour la réception de la caution. [1]

Ce que nous venons de dire de l'insuffisance de la caution s'applique également à l'insuffisance du nantissement.

La caution peut-elle rétracter sa soumission reçue au greffe ? Assurément non, car la validité ou la nullité de la surenchère ne saurait dépendre de sa seule volonté. Même lorsqu'elle n'a pas encore été acceptée par le tribunal, la soumission forme un

1. Rouen, 25 nov. 1844. Dalloz, V° Surenchère n° 161. — Aubry et Rau, III, p. 528. — Bourges, 2 avril 1852. D. P., 1852, 2, 192.

contrat judiciaire irrévocable, qui lie la caution et le surenchérisseur, et comme le surenchérisseur est lié lui-même, par sa réquisition de surenchère, au vendeur et à l'acquéreur, on peut dire que la caution est indirectement engagée envers ceux-ci.

L'article 2041 du Code civil autorise celui qui ne peut pas trouver de caution à donner à sa place un gage ou nantissement suffisant. Avant la loi de 1841, on reconnaissait que la règle devait être suivie en matière de surenchère. Cette loi l'a admise, mais avec cette restriction, que le nantissement devrait être fourni en argent ou en rentes sur l'État : ces rentes peuvent être nominatives ou au porteur. Les autres valeurs mobilières ne peuvent pas être acceptées. On voit apparaître à cette occasion cette idée, que les fonds de l'Etat français sont supérieurs non seulement à tous autres fonds étrangers, mais encore à toutes valeurs quelconques. C'est peut-être un préjugé que la situation de nos finances détruira quelque jour. Il est regrettable que la faveur faite à nos rentes ne soit pas étendue à toutes les valeurs garanties par l'Etat, sur lesquelles la Banque de France prête à des taux qui varient suivant que varie son escompte.

Au cours de la discussion, un amendement avait été proposé qui avait pour but de permettre au surenchérisseur de compléter par un nantissement l'insuffisance de la caution, mais cet amendement a été repoussé. Il faut donc que le nantissement représente la totalité de la valeur du

prix et des charges de l'adjudication.[1] Par cette expression le *prix* et *les charges,* on doit entendre en outre le dixième en sus, c'est-à-dire tout ce dont est tenu le surenchérisseur. Nous avons vu que la caution, comme le surenchérisseur, pouvait offrir un nantissement. Dans ce cas, il n'est pas nécessaire que l'assignation contienne la copie de l'acte constatant la réalisation de ce nantissement de la caution. Il n'y a copie à donner que de l'acte de soumission relatant la production des titres justificatifs de la solvabilité.[2]

Le nantissement s'opère par le dépôt de l'argent ou des rentes sur l'Etat qui le constituent, à la caisse désignée pour le recevoir. L'article 832 ne désigne pas cette caisse, bien qu'il indique le greffe du tribunal comme devant recevoir le dépôt des titres constatant la solvabilité de la caution. Mais l'article 1er de l'ordonnance du 3 juillet 1816, dispose que la Caisse des dépôts et consignations recevra seule toutes les consignations judiciaires. Or, l'article 2 de cette ordonnance vise l'article 2041 du Code civil auquel se réfère l'article 832 du Code de procédure.

Le nantissement est réputé réalisé lorsque la Caisse des dépôts et consignations a été mise et est restée en possession, dans le sens de l'article 2076, de la chose donnée en gage; c'est une des conditions exigées pour l'existence du privilège du gagiste. Il ne peut pas se présenter de diffi-

1. *Contrà.* Aubry et Rau, III, p. 528.
2. Req., 15 mai 1877. D. P., 1877, 1, 397.

cultés lorsque le nantissement consiste en une somme d'argent ou en rentes au porteur. Mais lorsqu'il s'agit de rentes nominatives, le dépôt du titre constatant l'inscription de rente n'a de valeur que s'il est accompagné d'un transfert d'ordre. Le principe de l'insaisissabilité de la dette publique inscrite s'oppose à ce que la rente sur l'Etat fasse l'objet d'un transfert forcé, opéré par autorité de justice ; il suit de là que le titulaire d'une inscription qui entend constituer un privilège de gagiste sur cette inscription, conformément à l'article 832 du Code de procédure, n'est légalement dessaisi de la chose, par lui offerte en gage, qu'autant qu'il a remis au préposé de la Caisse des dépôts et consignations un pouvoir de vendre le titre s'il y a lieu et d'en opérer le transfert définitif au nom du surenchérisseur, si celui-ci devient adjudicataire. [1]

§ IV. *Que doit comprendre le dixième en sus du prix ?* — L'article 2185 2°, dispose que le créancier surenchérisseur doit offrir de porter ou faire porter le prix à un dixième en sus de celui qui aura été stipulé dans le contrat ou déclaré par le nouveau propriétaire. Nous avons exposé que les adjudications sur folle-enchère pouvaient être suivies de surenchère. Dans cette éventualité, la soumission de surenchère devra porter non pas sur le prix de la première adjudication résolue par

1. Req., 6 décembre 1887. D. P., 1888, 1, 145.

la poursuite de folle-enchère, mais sur le prix moyennant lequel l'immeuble aura été adjugé sur cette poursuite.

L'article 2185 a trait à divers genres d'aliénations. Lorsque l'immeuble a été transmis à titre de vente, le prix est stipulé dans le contrat. S'agit-il d'une donation, le nouveau propriétaire est tenu d'assigner, dans la notification de l'acte d'aliénation, une valeur déterminée à l'immeuble avec obligation d'en offrir le montant aux créanciers inscrits. La surenchère doit être du dixième de cette valeur ainsi fixée.

Nous savons que lorsque des immeubles ont été vendus en bloc et que les uns sont hypothéqués et les autres non hypothéqués, le prix de chaque immeuble frappé d'inscriptions particulières et séparées est déclaré dans les notifications du nouveau propriétaire par ventilation du prix total exprimé dans le titre (article 2192). C'est cette ventilation qui sert à calculer le dixième en sus, eût-elle été faite inexactement par l'acquéreur.

La surenchère du sixième ne porte que sur le *prix principal* considéré indépendamment des charges. L'article 2185 ne contient pas une semblable restriction : il parle seulement du *prix*. On en conclut que la surenchère du dixième doit s'étendre à tout ce qui constitue les accessoires du prix.

Quels sont ces accessoires ? Merlin[1] regarde

1. Merlin. Rep., XIII, n^os^ 337 et 340.

comme tels tout ce que « l'acquéreur tire de sa poche pour faire entrer dans celle du vendeur. » C'est ainsi que le surenchérisseur doit offrir le dixième du capital de la rente moyennant le service de laquelle la vente lui a été consentie. Même solution si le prix est augmenté de pots de vin, d'épingles ou de prestations en nature : ces prestations doivent être évaluées en argent par le surenchérisseur.

Doivent encore être compris dans le dixième en sus les frais payés par l'acquéreur en l'acquit du vendeur, tels que les frais de l'état des inscriptions et les frais de notifications. Si la surenchère a lieu après adjudication judiciaire, soit à la barre, soit devant notaire, elle doit porter aussi sur tous les frais de poursuite de vente mis par le cahier d'enchères à la charge de l'acquéreur. Mais doivent être laissés de côté dans le calcul du dixième les frais que la loi met à la charge exclusive de l'acquéreur : droits d'enregistrement, de transcription, etc.

M. Troplong[1] range dans les accessoires du prix, les intérêts de ce prix courus depuis le jour de la vente jusqu'à la réquisition de mise aux enchères.

« Le but de la surenchère, dit-il, est de porter « l'immeuble à sa juste valeur ; or, si la valeur de « cet immeuble eût été fixée par le contrat à un « dixième en sus du prix stipulé, ce qui est la

1. Troplong, IV, n° 937.

« valeur légalement vraie de l'immeuble, les inté-« rêts auraient été plus forts d'un dixième. »

Le raisonnement de M. Troplong n'est que spécieux : le prix n'est autre chose que la somme que l'acquéreur s'est engagé à payer, c'est donc seulement ce prix qui peut servir de base à la surenchère. Les intérêts sont non pas des accessoires du prix, mais la représentation des fruits à percevoir. Comment le paiement des intérêts à courir aurait-il pu être une des conditions du contrat ?

Il n'en va pas de même des impôts échus le jour de la vente qui ont été mis par le contrat à la charge de l'acquéreur : ces impôts sont une dette du vendeur et constituent un supplément de prix.

L'acquéreur est-il tenu de déterminer à une somme fixe les accessoires du prix et les charges non évaluées ? Aucun texte ne le lui prescrit. Quand il a fait connaître aux créanciers inscrits toutes les clauses de son acquisition, il a rempli l'obligation qui lui est imposée par la loi. L'évaluation n'est nécessaire qu'en cas de donation : elle ne l'est pas même si une vente a été consentie moyennant une rente viagère. [1] C'est aux créanciers inscrits qu'il appartient d'apprécier les clauses de l'aliénation qui leur est notifiée et de surenchérir en conséquence. Cela leur est d'autant plus facile, qu'aucune disposition des codes ne les contraint d'ailleurs de faire une évaluation numérique du

1. Grenoble, 19 mai 1852. D. P., 1854, 1, 151.

montant de la surenchère. Il leur suffit de se soumettre à porter ou faire porter le prix et les charges à un dixième en sus. [1]

« Mais, objecte à ce propos M. Troplong, [2] les « enchères ne peuvent s'ouvrir que sur une mise à « prix déterminée; or, une soumission de surenchère du dixième sur le prix et les charges, sans « évaluation numérique, ne pourrait servir de base « à cette mise à prix. »

Assurément il faut une mise à prix, mais il n'est pas besoin que cette mise à prix soit indiquée dans la réquisition de surenchère. C'est au tribunal qu'il appartient de la fixer par le jugement qui statue sur la réception de la caution ou la suffisance du nantissement. Il suit de là qu'au cas ou le surenchérisseur, croyant indispensable de faire une évaluation dans sa réquisition, aurait commis dans cette évaluation superflue une erreur de calcul, la surenchère malgré cela devait être déclarée régulière et valable.

De même, si dans le jugement ou sur les affiches, une erreur matérielle avait indiqué une mise à prix plus élevée que le montant de la surenchère, rien ne s'opposerait à ce que le surenchérisseur, par un dire avant l'adjudication, demandât la rectification du chiffre erroné.[3]

Pour déterminer la consistance du prix sur lequel doit porter la surenchère, il faut se placer au jour de la première aliénation. Lorsque, par

1. Duranton, XX, n° 398. — Petit, p. 429.
2. Troplong. Hyp., IV, n° 955.
3. Paris, 21 janvier 1843. — Dalloz, V° Surenchère, n° 211.

exemple, une rente viagère a été stipulée au profit d'un crédi-rentier décédé depuis la vente, après les notifications, le créancier surenchérisseur est tenu de faire soumission de payer le dixième en sus du capital de cette rente. [1]

§ V. *Des contestations de la surenchère.* — Lorsque la réquisition de mise aux enchères a été signifiée dans les formes et délais voulus au vendeur et à l'acquéreur, ceux-ci peuvent, s'il y a lieu, contester la validité de la surenchère. Ces contestations sont alors tranchées par le tribunal saisi dans le jugement qui doit précéder le jugement d'adjudication. On conçoit que le vendeur et l'acquéreur ont le plus grand intérêt à faire annuler la surenchère : le premier pour échapper à la garantie dont il est tenu, le second pour empêcher la dépossession dont il est menacé. La première chose qu'ils ont à examiner, c'est la qualité du surenchérisseur. Celui-ci est-il bien réellement créancier hypothécaire ? Son titre est-il régulier ? Son inscription n'est-elle pas périmée ? Sa créance n'est-elle pas éteinte ? L'acquéreur, en notifiant son contrat aux créanciers inscrits n'est pas déchu par cela même de la faculté de critiquer soit leurs titres, soit leurs inscriptions. Pour savoir à qui il doit faire la notification, il n'a pour guide que l'état des inscriptions délivré sur la transcription par le conservateur des hypothèques ; en s'adressant aux créanciers portés sur cet état, il

1. Req., 6 juillet 1881. D. P., 1882, 1, 449.

ne reconnaît ni implicitement ni explicitement leur droit ou leur qualité. En fait, il ne leur offre pas son prix d'acquisition, il les prévient seulement qu'il le tient à leur disposition pour acquitter les dettes et charges hypothécaires sans rien préjuger sur la réalité de ces dettes et charges. En un mot, la notification n'est qu'une interpellation au créancier d'user de la faculté de surenchérir si toutefois il réunit les conditions nécessaires pour l'exercer. Qu'est-ce que la surenchère, sinon une attaque dirigée contre le contrat auquel l'acquéreur a été partie ? Dès lors l'acquéreur a la liberté de répondre à cette attaque et de se défendre contre elle en vérifiant les titres et hypothèques du surenchérisseur. C'est un droit qui lui appartient personnellement et qu'il tient aussi de son vendeur lui-même, lequel est obligé de le garantir de toute éviction, et notamment de l'éviction résultant de la surenchère ainsi que le témoigne l'article 2191. [1]

En sens inverse, le surenchérisseur dont la surenchère est arguée de nullité par l'acquéreur, est fondé à demander l'annulation de la notification du contrat d'acquisition de ce dernier, sans qu'on puisse lui opposer comme fin de non-recevoir la surenchère déjà formée, ni les conclusions subsidiaires tendant à la validité de cette surenchère. Le créancier est libre, en effet, de négliger provisoirement une nullité de procédure pour former immédiatement sa surenchère, mais si l'acquéreur

1. Caen, 29 février 1844. — Dalloz, V° Surenchère, n° 216.

s'oppose à ce que cette surenchère soit validée, il est naturel que le créancier puisse se prévaloir, comme moyen de défense, de la nullité du contrat d'acquisition. [1]

Le créancier inscrit a deux moyens d'empêcher que la première adjudication ne devienne irrévocable : il peut ou bien demander la nullité de la notification ou bien surenchérir. Si le second moyen qu'il a choisi échoue, il doit conserver le droit de recourir au premier, à moins qu'on ne prouve contre lui qu'il a entendu formellement y renoncer, car la renonciation à un droit ne se présume pas.

Ce n'est pas seulement la qualité de surenchérisseur que l'acquéreur peut vérifier, c'est encore sa capacité. Qu'importe, dira-t-on, la capacité du surenchérisseur, si sa caution est solvable ou si son nantissement est suffisant ? Nous répondons que l'acquéreur n'a rien à recevoir de la caution : le surenchérisseur seul est partie au procès qui s'engage et tout plaideur a intérêt à n'avoir pas pour adversaire un incapable. Bref, toutes les contestations qui peuvent être soulevées par le vendeur peuvent l'être également par l'acquéreur, à ce point qu'il peut arguer d'une nullité viciant la notification de surenchère faite à celui-ci. Les conditions auxquelles est subordonnée la faculté de surenchérir sont, en effet, substantielles et indivisibles, de telle sorte que l'inaccomplissement d'une

1. Chambéry, 28 novembre 1870, après renvoi. D. P., 1872, II, 78.

seule de ces conditions éteint l'action et que la nullité, qui est radicale, peut être proposée par toute personne y ayant intérêt.[1]

L'article 838 fait une distinction entre les contestations soulevées à l'occasion de la surenchère : il indique, d'une part, les nullités qui concernent la déclaration de surenchère et l'assignation, et, d'autre part, celles qui sont relatives aux formalités de la mise en vente. Il n'y a pas à distinguer si ces nullités touchent la forme ou le fond. Les premières doivent être proposées, à peine de déchéance, avant le jugement qui statue sur la validité de surenchère et la réception de la caution ou du nantissement ; les secondes, trois jours au moins avant l'adjudication, pour qu'il soit statué sur leur valeur, autant que possible, par le jugement même de cette adjudication. Cette règle est si rigoureuse que les moyens de nullité contre la déclaration de surenchère, devant être proposés avant le jugement à intervenir sur la réception de la caution, ne peuvent être invoqués pour la première fois en appel, même lorsque ce jugement a été rendu par défaut.[2]

§ VI. *De l'adjudication.* — L'adjudication sur surenchère du dixième ne diffère pas, en ce qui concerne la publicité, des autres ventes judiciaires. Nous n'insistons pas sur ce point et nous ren-

1. Bordeaux, 31 mars 1841. — Dalloz, V° Surenchère, n° 222.

2. Cass., 3 avril 1854. D. P., 1854, 1, 197.

voyons à l'article 836 inséré dans le Code de procédure par la loi du 2 juin 1841. La publicité doit précéder de quinze jours au moins et de trente jours au plus l'adjudication. Dans ce même délai sommation est faite à l'ancien et au nouveau propriétaire d'assister à cette adjudication aux lieu, jour et heure indiqués. Pareille sommation est faite au créancier surenchérisseur si la poursuite, abandonnée par lui, a été reprise par l'acquéreur ou un autre créancier subrogé. Puis l'expédition de l'acte d'aliénation est déposée au greffe pour tenir lieu de minute d'enchères. « Le surenchérisseur, ajoute l'article 838, même au cas de subrogation de poursuite, sera déclaré adjudicataire si, au jour fixé par l'adjudication, il ne se présente pas d'autre enchérisseur. » Quand, dans les quarante jours qui suivent les notifications, plusieurs des créanciers inscrits forment une surenchère, soit simultanément, soit successivement, la poursuite appartient au plus diligent. Le Code de procédure n'indique pas le délai qui doit s'écouler entre le jugement qui a validé la surenchère et le jugement d'adjudication. Toutefois, nous pensons que pour obvier à la négligence du poursuivant, le tribunal peut, par le jugement sur la validité, fixer le jour de l'adjudication.

Au cas où l'acquéreur se refuserait à déposer au greffe l'acte d'aliénation, le poursuivant pourrait faire lever, aux frais de celui-ci, l'expédition de cet acte, s'il est notarié, ou la copie de la transcription, s'il est sous seings-privés. Rien ne s'oppose à ce

que, indépendamment de cet acte d'aliénation, le surenchérisseur dépose au greffe un cahier de charges destiné à commenter les clauses obscures de cet acte. Le plus généralement, on se contente d'insérer un dire explicatif. Encore, faut-il que ce cahier de charges ou ce dire ne modifient pas les conditions du contrat qui doit servir de base à l'adjudication sur surenchère.

Que décider si, au cours de la procédure, l'immeuble surenchéri fait l'objet d'une demande en résolution formée par un précédent vendeur ? Ce cas est prévu par l'article 838, qui renvoie à l'article 717. Le vendeur doit, à peine de déchéance, notifier sa demande au greffe avant l'adjudication. Il est alors sursis à cette adjudication par le tribunal qui, sur la réclamation du poursuivant ou de tout autre créancier inscrit, fixe le délai dans lequel le vendeur sera tenu de mettre fin à l'instance en résolution.

Si le vendeur primitif est précisément le créancier surenchérisseur, il ne saurait à la fois poursuivre la surenchère et une demande en résolution. Les deux actions ne peuvent être exercées concurremment. A-t-il introduit une demande en résolution avant la surenchère, sa surenchère est non recevable. Si, au contraire, la surenchère a précédé la demande en résolution, cette demande doit être repoussée à défaut de désistement de la surenchère.

La réquisition de mise aux enchères profite non-seulement au surenchérisseur, mais encore à tous les créanciers inscrits auxquels elle devient com-

mune. L'acquéreur ne peut donc pas arrêter la poursuite de la surenchère contre le gré des créanciers en remboursant le surenchérisseur et celui-ci ne peut pas davantage, par son désistement, empêcher l'adjudication de l'immeuble. Pour prévenir toute collusion entre l'acquéreur et le surenchérisseur, la loi accorde, à tous les créanciers inscrits, un droit de subrogation, comme en cas de poursuite sur saisie-immobilière (article 833). La subrogation est demandée par une requête d'intervention signifiée au moyen d'un acte d'avoué à avoué, au vendeur, à l'acquéreur et au poursuivant. Cette subrogation ne constitue pas une poursuite nouvelle : elle n'est que la reprise et la continuation de l'action du surenchérisseur. Il va de soi que si la surenchère est nulle pour un motif quelconque, la subrogation devient impossible : on ne saurait être subrogé dans une procédure sans valeur et sans effet.

Aucun jugement ou arrêt par défaut en matière de surenchère sur aliénation volontaire n'est susceptible d'opposition : par suite, l'article 153 du Code de procédure relatif au défaut joint n'est pas applicable. Le jugement d'adjudication, qui n'est qu'un simple procès-verbal, n'est pas davantage susceptible d'appel. S'il est vicié de quelque nullité, ainsi que nous l'avons dit ci-dessus, c'est par action principale que cette nullité doit être demandée. La voie de l'appel n'est ouverte que pour attaquer le jugement qui statue sur les nullités antérieures à la réception de la caution ou sur la

réception même de cette caution et celui qui prononce sur la demande en subrogation. Encore faut-il que cette demande soit intentée pour collusion ou fraude (article 838). Le délai de l'appel est de dix jours, comme en matière de saisie-immobilière. Les formalités sont celles qui sont prescrites par les articles 731 et 732.

En règle générale, l'adjudication sur surenchère a lieu devant le tribunal de la situation de l'immeuble surenchéri. Mais, lorsqu'il s'agit d'une surenchère après adjudication judiciaire, la revente est poursuivie devant le tribunal qui a ordonné la première adjudication, l'immeuble ne fût-il pas situé dans le ressort de ce tribunal.

Ainsi, lorsqu'un tribunal, saisi d'une demande en compte, liquidation et partage, a prescrit la vente d'immeubles compris dans un autre arrondissement que le sien et a commis pour y procéder le notaire de la localité où les immeubles se trouvent, la surenchère doit être poursuivie devant le tribunal qui a ordonné la vente et non devant le tribunal de la résidence du notaire commis. [1]

A part les cas d'une demande en résolution ou d'une demande en nullité de l'aliénation qui a provoqué la surenchère, il ne peut être sursis à l'adjudication. L'article 703 n'est applicable qu'à la saisie-immoblière, par cette raison que l'article 838 ne le vise pas.

1. Orléans, 14 août 1884. D. P., 1885, II, 208.

SECTION V

DES EFFETS DU JUGEMENT D'ADJUDICATION SUR SURENCHÈRE DU DIXIÈME

L'adjudication sur surenchère du dixième peut être prononcée soit au profit du surenchérisseur ou de tout autre personne étrangère au contrat d'acquisition, soit au profit du premier acquéreur. Les effets du jugement varient suivant l'un ou l'autre cas que nous allons examiner.

§ I[er]. *L'adjudicataire sur surenchère est le surenchérisseur ou une personne autre que l'acquéreur surenchéri.* — Lorsque le jugement d'adjudication est rendu au profit du surenchérisseur ou d'un tiers étranger, l'acquéreur surenchéri perd la propriété de l'immeuble. Tel est le fait dont il s'agit de rechercher et d'analyser les conséquences juridiques.

Le premier acquéreur, tiers détenteur dépossédé, doit-il être réputé propriétaire pendant le temps compris entre les deux ventes ? En d'autres termes, le jugement rétroagit-il jusqu'au jour de la première aliénation ? Révoque-t-il ou laisse-t-il subsister l'acte d'aliénation originaire ?

Il existe, à propos de cette question, de très nombreux et très vifs dissentiments. Les auteurs et les Cours sont divisés et émettent des systèmes absolument contradictoires.

L'adjudication sur surenchère, dit-on d'un côté,

résout l'aliénation volontaire ; l'acquéreur surenchéri doit être considéré comme n'ayant jamais eu la propriété de l'immeuble : c'est donc de l'aliénateur primitif que l'adjudicataire tient directement ses droits.

Tout au contraire, répond-on d'autre part, l'adjudication laisse subsister l'aliénation originaire, et l'adjudicataire tient ses droits de l'acquéreur surenchéri.

Sur ces deux systèmes, viennent s'en greffer deux autres, qui empruntent à l'un et à l'autre pour essayer de les concilier.

Ces doctrines n'offrent pas seulement un intérêt théorique : elles présentent, au point de vue pratique, une grande importance. En effet, si l'adjudication sur surenchère résout rétroactivement l'aliénation primitive, l'acquéreur surenchéri doit être regardé comme n'ayant jamais eu la propriété de l'immeuble. Dès lors on arrive aux conséquences suivantes :

1° L'acquéreur surenchéri, dépossédé par l'adjudication, est délié de toutes ses obligations envers son vendeur. S'il a payé à celui-ci des intérêts de son prix, il les a payés sans cause : il a donc la *condictio indebiti ;*

2° Si des fruits ont été perçus par l'acquéreur surenchéri depuis le contrat d'aliénation, ces fruits doivent être restitués, du moins avec une distinction. Les fruits perçus *avant* la sommation dont parle l'article 2169 ou la réquisition de mise aux enchères profitent au vendeur et, de son chef, à tous

ses créanciers indistinctement, les autres fruits perçus *après* la sommation ou la réquisition sont immobilisés au profit des créanciers hypothécaires seuls et distribués, par rang de privilèges ou d'hypothèques, avec le prix de l'adjudication ;

3° Le prix d'adjudication excède-t-il le montant des charges hypothécaires, l'excédant revient non pas à l'acquéreur dépossédé, mais au vendeur. Il est vrai que l'acquéreur, évincé par la surenchère, peut, en se prévalant de la garantie qui lui est dûe par ce dernier, faire une saisie-arrêt entre les mains de l'adjudicataire sur la somme demeurée libre après le désintéressement des créanciers hypothécaires : mais dans ce cas, il doit supporter le concours des créanciers chirographaires qui ont un droit égal au sien ;

4° Si l'adjudication résout le contrat d'aliénation, le vendeur primitif, malgré la transcription de ce contrat, peut, jusqu'à la transcription du jugement d'adjudication, consentir des droits réels sur l'immeuble ; de même, pendant le temps compris entre les deux transcriptions, des hypothèques légales, des hypothèques judiciaires et des privilèges généraux, peuvent, du chef du vendeur, frapper l'immeuble. Quant aux hypothèques acquises du chef de l'acquéreur surenchéri, elles tombent d'elles-mêmes par le fait de l'adjudication prononcée ;

5° La garantie résultant de l'éviction produite par l'adjudication sur surenchère est due non point par l'acquéreur dépossédé, mais par le premier vendeur ;

6° Un seul droit de mutation est dû qui doit être acquitté par l'adjudicataire. Il doit donc être tenu compte, à l'acquéreur dépossédé des sommes qu'il a acquittées pour l'enregistrement de la première vente.

Admet-on au contraire que l'adjudication laisse subsister la première vente et que l'adjudicataire a pour ayant cause l'acquéreur surenchéri, on obtient alors des résultats bien différents. Ainsi, l'acquéreur dépossédé ne pourra pas répéter les intérêts de son prix s'il les a payés au vendeur ; s'il les doit encore, il en sera comptable. Tous les fruits perçus avant la sommation de l'article 2169 ou la signification de l'acte de surenchère lui appartiendront. Il aura droit à l'excédant du prix de l'adjudication sur le montant des dettes hypothécaires ou privilégiées grevant l'immeuble.

On le voit donc, la solution de la question met en jeu de très graves intérêts. A quel système donner la préférence ? Avant de nous prononcer, nous voulons exposer avec impartialité chacune des opinions soutenues, en faisant ressortir le plus clairement possible l'argumentation de ceux qui les soutiennent avec une égale énergie.

A. PREMIER SYSTÈME.[1] — *L'ADJUDICATION SUR SURENCHÈRE RÉSOUT RÉTROACTIVEMENT L'ALIÉNATION PRIMITIVE*

Les partisans de ce système fondent leur opinion sur les articles 2188 et 2177. Aux termes de

1. Troplong. Priv. et hyp., IV, n° 962. — Petit. Traité des

l'article 2188, l'adjudicataire est tenu, au-delà de son prix d'acquisition, de restituer à l'acquéreur surenchéri dont il prend la place, les frais et loyaux coûts du contrat. Pourquoi? demandent-ils, sinon parce que ce contrat est résolu. Admettrait-on que l'acquéreur fût dispensé de la sorte de payer les frais d'un titre qui ne pourrait pas lui servir? Ce qui établit bien que l'adjudication sur surenchère emporte résolution de la première vente, c'est que, en cas de délaissement et de saisie, le législateur prend soin de nous déclarer, dans l'article 2177 2°, que les créanciers personnels de l'acquéreur, dépossédé par une adjudication sur délaissement ou sur saisie, exercent après les créanciers inscrits du chef des précédents propriétaires, leur hypothèque sur l'immeuble délaissé ou adjugé. On ne voit aucune disposition analogue dans les articles relatifs à la purge. Qu'on ne dise pas que cette distinction est arbitraire: la poursuite de délaissement ou de saisie dirigée contre le tiers-détenteur ne constitue ni une attaque, ni une critique contre le contrat d'aliénation; elle n'est que l'exercice du droit de suite, attaché à l'hypothèque, devant amener la réalisation d'un gage passé du patrimoine du vendeur dans le patrimoine de l'acquéreur. C'est véritablement le bien de l'acquéreur qui est mis en vente. En va-t-il de même en cas de suren-

surenchères, p. 583 et suiv. — Bioche. Dictionnaire de procéd. V° surenchère, n° 241. — Cass., 10 avril 1848. D. P., 1848, 1, 160. — Cass., 15 décembre 1862. D. P., 1863, 1, 161. — Cass., 13 décemb. 1887. D. P., 1888, 1, 337.

chère ? Non pas. Surenchérir c'est attaquer directement, dans son principe, le contrat d'aliénation, c'est demander la substitution d'une vente à une autre vente. Il faut donc conclure que l'adjudication sur surenchère révoque la première vente et l'efface dans le passé.

B. DEUXIÈME SYSTÈME.[1] — *L'ADJUDICATION SUR SURENCHÈRE LAISSE SUBSISTER L'ALIÉNATION PRIMITIVE*

La distinction faite par les défenseurs du système précédent entre l'adjudication sur délaissement ou sur saisie et l'adjudication sur surenchère ne s'explique pas. L'acquéreur, en purgeant, ne fait, en réalité, que se conformer aux règles qui lui sont imposées par la loi. Si, au contraire, il délaisse ou se laisse saisir, il méconnaît la prescription qui lui est faite d'offrir son prix aux créanciers inscrits. Est-il admissible que l'inobservation de la loi lui fasse mériter une faveur ? La procédure de délaissement ou d'expropriation retarde le règlement du prix ; elle entraîne autant d'inconvénients pour le vendeur et l'acquéreur que pour les créanciers. Or, ce sont ces lenteurs et ces inconvénients que l'acquéreur prévient au moyen de la purge. Pourquoi semble-t-on vouloir lui en faire grief ? La disposition de l'article 2188 n'est pas

1. Labbé. Revue critique 1861, XIX, p. 297 et suiv. — Vernet. Revue pratique 1865, XX, p. 126 et suiv. — Aubry et Rau, III, p. 135. — Laurent. XXI, p. 495. — Glasson, note sous l'arrêt du 13 décembre 1887. D. P., 1888, 1, 337.

incompatible avec le maintien du titre de l'acquéreur dépossédé. Si l'adjudicataire doit restituer à l'acquéreur surenchéri les frais et loyaux coûts de son contrat, cette obligation s'explique, non point par la résolution de ce contrat, mais par un avantage particulier que la loi a cru devoir accorder aux acquéreurs qui purgent, afin d'encourager dans l'intérêt même des débiteurs hypothécaires et de leurs créanciers, les aliénations amiables plus favorables que les expropriations. On répond à l'argument tiré de l'interprétation de l'article 2177 2°, en disant que si les articles relatifs à la purge sont muets sur les droits des créanciers personnels de l'acquéreur surenchéri, c'est que la loi a pensé qu'il était inutile, tant la chose lui semblait manifeste, d'accorder expressement à l'acquéreur qui purge la faveur dont il jouirait s'il avait provoqué et rendu nécessaire, par un délaissement ou par son inaction, la poursuite des créanciers qui l'évincent.

c. TROISIÈME SYSTÈME.[1] — *L'ALIÉNATION PRIMITIVE EST RÉSOLUE AU GRÉ DE L'ACQUÉREUR SURENCHÉRI*

On admet en principe la résolution rétroactive du titre de l'acquéreur, mais avec un tempérament : la résolution prononcée par le jugement d'adjudication n'a lieu que dans l'intérêt particulier de l'acquéreur. Il peut y renoncer quand son intérêt le lui conseille, par exemple, lorsque le prix

1. Mourlon. Repet. sur le Code civil, III, n° 1700 et la note.

d'adjudication excède le montant des charges hypothécaires, afin de recueillir cet excédant. Evincé, ou menacé de l'être, il peut, en cas de purge, déclarer qu'il renonce à son droit de résolution et, par suite, au recouvrement des frais et loyaux coûts de son contrat. La mutation de propriété qu'opère l'adjudication se produit alors de l'acquéreur évincé à l'adjudicataire.

D. QUATRIÈME SYSTÈME. [1] — *LES DROITS DE L'ADJUDICATAIRE RÉTROAGISSENT JUSQU'AU JOUR DE L'ALIÉNATION PRIMITIVE*

Ce système a été soutenu par la Cour de Paris dans un arrêt du 1er juillet 1852. La Cour reconnaît bien que l'adjudication sur surenchère résout le titre du tiers détenteur ; mais, au lieu de faire revivre, par voix de conséquence, le droit de l'aliénateur primitif dans le temps compris entre les deux aliénations, elle fait rétroagir le droit de l'adjudicataire à la date de la première aliénation. De la sorte, l'aliénateur primitif est censé avoir contracté avec l'adjudicataire le jour même où est intervenue la première aliénation. Ce système a pour conséquence d'attribuer les fruits intérimaires à l'adjudicataire et de rendre celui-ci comptable des intérêts de son prix d'adjudication à partir de l'entrée en jouissance, c'est-à-dire depuis le moment de la première aliénation, sauf son recours

1. Paris, 1er juillet 1852. D. P., 1852, 2, 235.

contre l'acquéreur surenchéri. De plus, l'aliénateur primitif ayant cessé définitivement d'être propriétaire de l'immeuble au moment où il l'a transmis au tiers détenteur, il suit que toutes les hypothèques constituées par lui depuis la transcription de son acte sont nulles comme consenties *a non domino*. Quant à l'acquéreur surenchéri, il n'a jamais eu qu'un titre affecté d'une condition résolutoire dont l'accomplissement fait disparaître, en même temps que la propriété, les hypothèques grévant l'immeuble de son chef. C'est l'acte d'aliénation, dit la Cour, qui tient lieu de minute d'enchères. C'est donc dans cet acte que doivent être recherchées les clauses et conditions de l'adjudication. Or, cet acte indique le moment même de la première aliénation comme époque du transfert de la propriété : en conséquence, le transfert opéré de l'aliénateur primitif à l'adjudicataire viendra, en rétroagissant, se placer à cette date.

E. *DISCUSSION DES DIVERS SYSTÈMES*

Nous croyons devoir repousser le système de la résolution, qui nous semble méconnaître le caractère même de l'adjudication sur surenchère. L'article 2177 2°, non plus que l'article 2188, n'a le sens qu'y attachent les partisans de l'opinion que nous combattons. Qu'il s'agisse d'une dépossession du tiers détenteur par l'effet d'une surenchère du dixième ou d'une dépossession par un

délaissement ou une expropriation, l'éviction n'est que le résultat du droit hypothécaire. En exerçant la surenchère, les créanciers n'attaquent pas plus le titre d'acquisition du tiers détenteur qu'en poursuivant le délaissement ou l'expropriation : ils ne contestent nullement la transmission de propriété qui s'est opérée par l'aliénation primitive ; ils refusent seulement d'accepter le prix qu'on leur offre et reprennent, sous la condition de porter ce prix à un dixième en sus, le droit de faire vendre l'immeuble sur le tiers détenteur, comme ils auraient pu le faire s'il n'avait pas purgé. Il suit de là que le jugement d'adjudication opère une éviction analogue à celle qui, à défaut de purge, serait résultée de l'expropriation poursuivie contre le tiers détenteur ou contre le curateur au délaissement.[1] L'article 2177 2° doit donc recevoir son application en cas d'éviction du tiers détenteur pour quelque cause que ce soit. On objecte vainement que la disposition de l'article 2177 2° n'est pas reproduite dans les articles relatifs à la purge : nous répondons que étendre un article du chapitre VI sur les effets du droit de suite au chapitre VIII relatif à la purge est évidemment dans l'intention de la loi. La rubrique du chapitre VI est générale : elle concerne tous les tiers détenteurs, par conséquent l'acquéreur surenchéri. Le chapitre sur la purge est nécessairement spécial ; quoi de plus naturel, dès lors, que d'arguer de la

1. Aubry et Rau, III, p. 533. — Vernet. Revue pratique, 1865, XX, p. 126.

règle générale toutes les fois que l'exception n'a pas été formulée ? Cette application est d'autant plus légitime qu'on est bien forcé d'étendre à l'hypothèse où le tiers détenteur se trouve évincé par l'effet d'une surenchère, la disposition du premier alinéa de l'article 2177 et celle de l'article 2178. Si cet article 2177 2° ne devait pas recevoir son application en cas de purge, qu'arriverait-il ? Il dépendrait du tiers détenteur, suivant qu'il lui conviendrait, soit de recourir à la purge, soit de se laisser exproprier, de faire évanouir ou de rendre efficaces les hypothèques qu'il aurait consenties. « Or, c'est là une conséquence d'autant moins « acceptable qu'on ferait tourner contre les créan- « ciers hypothécaires de ce dernier l'exercice d'une « faculté qui devait avoir précisément pour effet de « consolider leurs droits. »[1] Puis, si la vente passée au profit du tiers détenteur devait être considérée comme résolue, même au regard du vendeur, à quel titre ce dernier pourrait-il être soumis à un recours en garantie ayant pour objet la réparation du préjudice causé au tiers détenteur par sa dépossession ? Ajoutons enfin, ce que nous avons fait ressortir dans l'exposé du second système : il serait bizarre de refuser au tiers détenteur qui, en offrant son prix aux créanciers inscrits, a usé du moyen que la loi lui donnait pour éviter l'éviction dont il était menacé, un avantage, qu'on n'hésite pas à accorder au tiers détenteur qui a délaissé

1. Aubry et Rau, III, p. 535.

l'immeuble ou s'est laissé exproprier pour éviter cette éviction.

Les motifs que nous venons de développer suffisent pour nous faire adopter le sytème de la non résolution. Que voyons-nous dans la surenchère du dixième ? Un contrat translatif de propriété existe entre l'aliénateur primitif et l'acquéreur surenchéri : ce contrat est pur et simple ; aucune condition résolutoire expresse n'y est insérée ; le vendeur convient de disposer définitivement de la chose aliénée ; le contrat doit donc être maintenu malgré l'adjudication après surenchère, en vertu du principe que les conventions font la loi des parties.

Le troisième système a pour but de corriger les conséquences bizarres du système de la résolution. La faculté d'option reconnue à l'acquéreur surenchéri protège, il est vrai, celui-ci contre l'anéantissement de son contrat. Mais, comme cette faculté découle du principe de la résolution, ce système doit être repoussé comme celui de la résolution absolue dont il n'est, en somme, qu'une modification.

Le quatrième système consiste à prétendre que *toutes* les clauses et conditions de la première aliénation sont applicables à l'adjudication. Or, dit-on, la principale, n'est-ce pas justement celle qui indique l'époque de la transmission de la propriété de l'immeuble à l'acquéreur surenchéri ? Nous répondons que s'il fallait exécuter toutes les clauses et conditions de la première aliénation, il n'y

aurait pas de surenchère possible, puisque la mise à prix de l'adjudication est le prix de la première aliénation augmenté d'un dixième. Or, si l'on ne peut pas appliquer la clause relative au prix, pourquoi appliquerait-on davantage la clause fixant l'époque de la transmission de la propriété ?

Nous avons indiqué les conséquences qu'entraînait l'adoption des divers systèmes en présence, conséquences variant suivant qu'on admet le maintien ou la résolution du titre originaire. Il en est d'autres que nous avons à signaler et qui ne sauraient être modifiées par la divergence des opinions soutenues.

Ainsi, quel que soit le système auquel on se range, le vendeur originaire sera toujours soumis à un recours en garantie de la part de l'acquéreur surenchéri. L'éviction provenant de l'adjudication sur surenchère procède en effet d'une cause antérieure au contrat d'aliénation et personnelle au vendeur qui pouvait faire cesser le trouble en désintéressant les créanciers inscrits. De même les servitudes et droits réels que cet acquéreur avait sur l'immeuble avant son acquisition renaissent s'il est évincé par l'adjudication sur surenchère (article 2177 1°). Le maintien des servitudes actives et passives s'impose indépendamment de toute résolution du contrat. Quant aux baux consentis par l'acquéreur surenchéri entre l'aliénation primitive et l'adjudication, ils doivent être annulés, quoique faits de bonne foi, si, par leur longue

durée et en raison du peu d'importance de l'immeuble qui en fait l'objet, ils tendent à rendre illusoire le droit de surenchère. [1]

L'acquéreur surenchéri qui par sa faute ou par sa négligence détériore l'immeuble, devient par ce fait même débiteur du dommage qu'il a causé. Mais de qui devient-il débiteur ? L'article 2175 suppose que les détériorations ont eu lieu au préjudice des créanciers hypothécaires et il accorde à ceux-ci une action en indemnité. C'est donc à ces créanciers et non à l'adjudicataire que la créance en indemnité appartient. [2] L'indemnité liquidée soit à l'amiable, soit judiciairement, leur sera attribuée dans l'ordre avec le prix d'adjudication. Rien n'est plus rationnel puisque cette indemnité représente la différence entre le prix obtenu et celui qu'aurait fourni l'adjudication si les détériorations n'eussent pas été commises.

Si, au contraire, l'acquéreur surenchéri a fait des améliorations dans l'immeuble, contre qui devra-t-il en répéter la valeur ? Nous ne pensons pas qu'il puisse avoir d'action contre l'adjudicataire. Imposer à l'adjudicataire la charge de l'indemnité, ce serait, en effet, augmenter le prix d'adjudication et méconnaître les stipulations du contrat originaire. C'est donc contre les créanciers hypothécaires seulement que l'action en répétition peut être dirigée : encore

1. Orléans, 10 janv. 1860. D. P., 1860, 5, 374.

2. *Contrà*. Douai, 29 avril 1846. D P., 1847, 2, 63. — Toulouse, 30 mai 1873. D. P., 1874, 2,187. — Dans notre sens, Paris, 26 décembre 1873. D. P., 1875, 5, 414.

faut-il toutefois que les améliorations constituent des impenses nécessaires ou tout au moins utiles. Les impenses purement voluptaires ne pourraient justifier les réclamations de l'acquéreur surenchéri. En cas de désaccord, un jugement devrait arbitrer le *quantùm* de l'indemnité, qui serait remboursé par voie de distraction sur le prix d'adjudication. [1]

Nous nous sommes expliqué sur les frais et loyaux coûts du contrat dont l'article 2188 prescrit le remboursement. Ces frais et loyaux coûts font partie du prix : ils en sont l'accessoire. Aussi pensons-nous que, dans le système de la non résolution, ce remboursement doit être garanti à l'acquéreur surenchéri par un droit de rétention.

Les frais et loyaux coûts du contrat, comme ceux de la transcription et des notifications, sont à la charge personnelle de l'adjudicataire qui ne peut demander à être colloqué dans l'ordre, ni par préférence, ni au marc le franc sur le prix, pour en obtenir le remboursement. [2]

Il arrive quelquefois que dans les actes de vente, une clause est insérée qui dispense l'acquéreur du service des intérêts pendant un certain délai ou même l'en dispense jusqu'à sa parfaite libération. Dans ce cas, l'adjudicataire sur surenchère bénéficie-t-il de cette dispense ? Nous ne le pensons pas. Bien que l'acte d'aliénation tienne lieu de minute

1. Orléans, 19 juillet 1843. — Dalloz, V° Surenchère, n° 2155. — Paris, 24 juillet 1886. Journal du notariat, 1886, p. 518.

2. Paris, 17 avril 1874. D. P., 1876, 2, 11. — *Contrà*. Trib. d'Alençon, 7 déc. 1874. D. P., 1875, 3, 79.

d'enchères, la disparition du prix originaire entraîne accessoirement la non reproduction des clauses relatives aux intérêts, et spécialement de celle touchant la dispense. Cette dispense ne saurait obliger les créanciers hypothécaires qui, par une réquisition de mise aux enchères, dont le bénéfice est commun à tous, ont précisément refusé d'adhérer aux clauses et conditions de l'acte d'aliénation consenti par leur débiteur. Les créanciers ont droit à des intérêts par cela seul qu'ils ont droit à un prix et l'on doit tenir en conséquence pour non-avenue, en ce qui les concerne, toute stipulation contraire. [1]

L'article 838 déclare le créancier surenchérisseur adjudicataire, si, au jour fixé par l'adjudication, il ne se présente pas d'autre enchérisseur. Il suit que l'adjudication prononcée au profit d'un tiers autre que le créancier surenchérisseur a pour effet de libérer ce dernier de l'obligation qu'il a contractée en requérant la mise aux enchères. Il va de soi que la caution fournie profite aussi de la libération. Mais il se peut que le créancier surenchérisseur se porte lui-même adjudicataire par une enchère supérieure à toutes les autres. Y aura-t-il dès lors libération de la caution et extinction de l'obligation née de la surenchère? Admettre l'affirmative serait permettre à un créancier surenchérisseur insolvable de libérer sa caution et de priver ainsi les autres créanciers hypothécaires de toute

1. Paris, 11 janvier 1816. — Cass., 23 décembre 1806. — Dalloz, V° Surenchère, n° 2149.

garantie en novant ainsi sa propre obligation. Peu importe que le surenchérisseur devenu adjudicataire ait fait une déclaration de command, surtout si le command déclaré était insolvable : en pareil cas, il demeure, et sa caution comme lui, solidairement tenu avec le command du prix de l'adjudication. [1]

Les privilèges et hypothèques inscrits sur l'immeuble, soit du chef de l'aliénateur primitif, soit du chef de l'acquéreur surenchéri, disparaissent tous par l'effet de l'adjudication et sont reportés sur le prix au point de vue du droit de préférence. De même, les actions résolutoires, comme nous l'avons vu, sont éteintes par l'adjudication à moins qu'elles n'aient été dénoncées au greffe trois jours auparavant. L'article 838 renvoie en effet à l'article 717 qui prescrit cette formalité. Aussi, sera-t-il toujours prudent, lorsqu'un immeuble surenchéri se trouve grevé d'un privilège de vendeur, de faire au précédent propriétaire impayé la sommation indiquée par l'article 692. Le défaut de sommation pourrait, en effet, autoriser le vendeur à prétendre qu'il ignorait la revente sur surenchère et par suite lui permettre d'attaquer l'adjudication prononcée en alléguant qu'il n'a pu former et dénoncer en temps utile sa demande en résolution.

Si les adjudications sur surenchère du dixième purgent les hypothèques et les privilèges inscrits,

1. Paris, 5 décembre 1855. D. P., 1856, 2, 2. — *Contrà.* Cass., 2 août 1870. D. P., 1870, 1, 344.

elles ne dispensent pas de la purge des hypothèques légales quand cette purge n'a pas eu lieu antérieurement.

Le créancier surenchérisseur doit-il garantie à l'adjudicataire? En principe, non. Toutefois si l'éviction provenait du dol de ce créancier ou d'un défaut de droit en sa personne, par exemple, si la procédure d'ordre révelait l'inexistence de sa créance ou l'absence de toute hypothèque, l'adjudicataire évincé pourrait exercer son recours non seulement contre le créancier surenchérisseur, mais contre tous les créanciers colloqués et payés sur le prix afin d'obtenir d'eux la restitution de leurs collocations. L'éviction lui a fait payer un prix pour acquérir un immeuble qu'il n'a pas acquis : ayant payé sans cause il a une action qui tient à la fois de la *condictio indebiti* et de la *condictio sinè causâ*.

Le jugement d'adjudication sur surenchère du dixième, prononcé au profit d'un tiers autre que l'acquéreur surenchéri doit être transcrit. Peu importe l'opinion que l'on professe sur les effets de ce jugement. Mais doit-on faire mentionner ce jugement en marge de la transcription du contrat originaire, en conformité de l'article 4 de la loi du 23 mars 1855 qui ordonne cette mention pour tous les jugements prononçant la nullité, la rescision ou la résolution d'un acte transcrit? La solution à donner à cette question dépend du système suivi. Dans celui qui a nos préférences, le contrat originaire n'étant pas résolu, la mention du jugement

d'adjudication est inutile : la nécessité de la mention s'impose au contraire dans le système de la résolution.

§ II. *L'adjudication est prononcée au profit de l'acquéreur surenchéri.* — Aux termes de l'article 2189 du Code civil, l'acquéreur ou le donataire surenchérisseur conserve l'immeuble mis aux enchères en se rendant dernier enchérisseur. Il résulte de là, qu'il n'y a aucune translation de propriété : l'adjudicataire puise son droit non pas dans le jugement, mais dans le contrat originaire. Le jugement n'est que la confirmation de ce contrat. Il ne se produit aucune novation de la dette originairement contractée par l'acquéreur devenu adjudicataire. Par suite, la caution qui a garanti le paiement du prix de la première vente, demeure tenue dans les termes et dans les limites de son engagement, par cela seul qu'elle n'a pas stipulé que cet engagement cesserait d'avoir effet en cas de surenchère.[1]

Si le tiers détenteur est un donataire, il conserve cette qualité après l'adjudication et est soumis, le cas échéant, à la révocation et à la réduction. En cas d'éviction, il n'aurait de recours en garantie contre le donateur que dans le cas où la donation lui aurait été faite *dotis causâ* (articles 1440 et 1547). Dans les autres cas, la révocation de la donation pourrait le déposséder de l'immeuble

1. Cass., 9 février 1881. D. P., 1881, 1, 208.

qu'il aurait payé en le libérant des charges hypothécaires qui le grévaient. Mais il aurait le droit de se faire rembourser en intentant l'action de gestion d'affaires contre le donateur, à supposer qu'il ait payé les créanciers de celui-ci ; s'il avait acquitté des dettes dont le donateur n'était tenu lui-même qu'en qualité de tiers-acquéreur, l'adjudicataire dirigerait son action de gestion d'affaires contre les précédents propriétaires du chef desquels étaient nées les hypothèques qui ont amené l'adjudication. [1] Au contraire, si le tiers détenteur est un acquéreur à titre onéreux, la garantie pour cause d'éviction lui sera due par l'aliénateur. Il aura aussi son recours contre celui-ci pour obtenir le remboursement de ce qui excède le prix stipulé par son titre et pour l'intérêt de cet excédant, à compter du jour de chaque paiement (article 2191). A cet effet, il est en droit de retenir, à l'exclusion des créanciers chirographaires du vendeur, la somme qui resterait libre entre ses mains après le paiement de tous les créanciers hypothécaires. [2] On ne voit pas en effet par qui cet excédant pourrait être réclamé. Ce ne serait certainement pas par les créanciers hypothécaires, car ils sont désintéressés ; ni par l'ancien propriétaire, puisqu'il doit, au contraire, une indemnité ; ni enfin par ses créanciers chirographaires qui ne sauraient avoir plus de droits que leur débiteur. [3]

1. Glasson. D. P., 1888, 1, 337. (Notes 1, 2 et 3).
2. Aubry et Rau, III, p. 533.
3. Glasson. D. P., 1888, 1, 337 (Notes 1, 2 et 3).

L'article 2189 dispense l'adjudicataire de faire transcrire le jugement d'adjudication. Cette disposition a été sans doute insérée par inadvertance. Sous l'empire du Code civil, les contrats à titre gratuit étaient seuls soumis à la transcription, par dérogation à la loi du 11 brumaire an VII qui prescrivait la formalité pour tous les contrats translatifs de propriété immobilière. On sait que la loi du 23 mars 1855 a rétabli dans notre législation le système de la loi de brumaire. La dispense formulée par l'article 2189 se comprend donc aisément aujourd'hui. Or, l'article 1er n° 4 de cette loi de 1855 soumet à la transcription tous les *jugements* d'adjudication, à l'exception de ceux qui ont été rendus sur licitation au profit d'un co-héritier ou d'un co-partageant. Il n'est donc pas question, dans cette exception, des jugements d'adjudication sur surenchère: faut-il néanmoins les y comprendre?

Si l'on s'en tenait aux expressions du texte, il faudrait répondre négativement ; il faudrait aussi prétendre, ce qui serait absurde, que les procès-verbaux dressés par les notaires que commettent les tribunaux, procès-verbaux qui ne sont pas des jugements, sont dispensés de la formalité de la transcription. Mais ce texte doit être interprété dans le sens suivi par la pensée du législateur. Or, il est manifeste que l'article 1er de la loi de 1855, n'a trait qu'aux jugements d'adjudication *translatifs* de propriété immobilière, ce qui n'est pas le caractère du jugement d'adjudication sur surenchère du

dixième, prononcé au profit du tiers-acquéreur.

Les fruits intérimaires de l'immeuble surenchéri sont attribués à l'adjudicataire, de la même manière que dans le système de la non résolution : ceux qui ont été perçus avant la sommation de l'article 2169 lui appartiennent ; ceux qui ont été recueillis après cette sommation sont immobilisés au profit des créanciers hypothécaires et distribués avec le prix (article 2176).

L'obligation de restituer les frais et loyaux coûts du contrat, de la transcription et des notifications, s'éteint, bien entendu, par confusion, lorsque l'acquéreur surenchéri se rend adjudicataire. Mais une semblable confusion est-elle possible lorsque l'adjudicataire est tenu d'une indemnité pour les détériorations qu'il a commises sur l'immeuble avant l'adjudication ? La réponse à cette question dépend évidemment de l'opinion soutenue à propos de ces détériorations. Si l'indemnité due doit être payée à l'adjudicataire, il y aura pour lui extinction de l'obligation de l'acquitter, puisqu'il en est à la fois débiteur et créancier. Que si, au contraire, comme nous le pensons, le montant de l'indemnité doit être distribué avec le prix aux créanciers hypothécaires, l'adjudicataire devra leur en tenir compte. Réciproquement, il sera en droit de se rembourser sur son prix de la plus-value qu'il aura donnée antérieurement à l'immeuble par des améliorations utiles ou nécessaires. [1]

1. Vernet. Revue pratique, 1865, xx, p. 167.

Les servitudes réelles ou personnelles qui s'étaient éteintes par confusion ou consolidation au moment de l'aliénation volontaire, ne revivent point comme dans l'hypothèse où l'adjudicataire est un étranger : elles sont anéanties définitivement par suite de la confirmation du contrat primitif. Sont confirmés de même les droits réels ou démembrements de la propriété consentis à des tiers par l'acquéreur surenchéri devenu adjudicataire. Quant aux privilèges et hypothèques grevant de son chef l'immeuble, le jugement d'adjudication ne leur porte pas atteinte: ce jugement n'opère que la purge des privilèges et hypothèques existant du chef des précédents propriétaires, à l'exception toutefois des hypothèques légales dispensées d'inscription, si les formalités à leur égard n'ont pas été remplies (article 838). Les créanciers hypothécaires de l'adjudicataire conservent donc le droit de suite à la différence des autres qui sont réduits à un droit de préférence sur le prix fixé par l'adjudication, sans pouvoir obtenir davantage.

SECTION VI

ENREGISTREMENT

Tout en nous référant à ce que nous avons dit à propos de la surenchère du sixième, nous avons à compléter nos observations en rappelant les

exigences du droit fiscal particulièrement relatives à la surenchère du dixième lorsque l'adjudicataire est l'acquéreur surenchéri.

La propriété étant, dans ce cas, confirmée et non pas transférée à l'adjudicataire, un second droit de mutation n'est pas dû. Cependant, l'administration de l'enregistrement fait payer un supplément de droit sur la différence entre le prix ou la valeur déclarée de l'aliénation volontaire et le prix d'adjudication. On fait observer, à l'appui de cette prétention, que l'acte primitif n'a pas attribué à l'immeuble acquis sa valeur réelle ; or, c'est sur cette valeur même que le droit de mutation doit être perçu et elle est déterminée par l'adjudication sur surenchère. Il est donc conforme à la loi, dit-on, que l'acquéreur complète le paiement du droit qu'il n'a acquitté qu'en raison d'une évaluation inexacte ou d'un prix insuffisant.[1]

La prétention de l'administration est une interprétation aggravante de l'article 15 n° 6 de la loi du 22 frimaire an VII. D'après cet article, la valeur de la propriété, sur laquelle le droit de mutation est perçu, est déterminée, pour tous les actes translatifs, par le prix exprimé ou par une expertise si l'administration pense que le prix *exprimé* n'égale pas la valeur ; mais, il ne nous paraît pas qu'elle ait le droit de faire admettre le montant de l'adjudication pour remplacer l'expertise.[2]

1. Dalloz. J. G. V° Enregistrement, n° 2417.
2. Championnière et Rigaud. Dict. d'Enregist., III, 2156 et

Quoiqu'il en soit, c'est le tarif de 5 fr. 50 % qui est appliqué au supplément du prix. A défaut de paiement du droit simple dans le délai légal, le droit en sus encouru par l'adjudicataire sur surenchère (nous supposons, bien entendu, que la première adjudication a subi le droit proportionnel) n'est exigible que sur la différence entre les deux prix. Pour liquider le supplément de droit exigible, on déduit d'abord le prix de la première aliénation de celui de la seconde, puis on ajoute au chiffre ainsi obtenu le montant des frais et loyaux coûts qui doivent être remboursés par l'adjudicataire et qui ont le caractère de charges. Il ne faut pas y comprendre les droits d'enregistrement et de transcription payés pour l'aliénation primitive, car on ne peut percevoir un impôt sur un impôt. Il arrive quelquefois que le taux du droit exigible sur l'adjudication est supérieur à celui du droit acquitté sur le contrat primitif. On doit alors imputer ce dernier droit sur celui qui est dû pour l'adjudication : tel est le cas où un échange a été frappé de surenchère.

Il arrive aussi qu'il est dû sur la revente moins qu'il n'a été perçu sur la première aliénation. C'est ce qui se présenterait notamment si l'adjudicataire était devenu primitivement propriétaire de l'immeuble au moyen d'une donation. Les droits dont sont frappées les transmissions à titre gratuit

2157. — Demante. Principes d'enregist., n° 210. — Glasson D. P., 1888, 1, 337 (Notes 1, 2 et 3).

varient d'après le degré de parenté existant entre le donateur et le donataire ; ils s'élèvent jusqu'à 8 et 9 % en principal. Il se peut donc que le tarif soit plus élevé que celui de la vente qui est, avons-nous dit, de 5,50 %.

Nous avons parlé de l'expertise autorisée par la loi de frimaire. Tant que l'adjudication sur surenchère n'a pas eu lieu, le premier contrat subsiste et demeure passible du droit de mutation. L'administration doit donc, jusque-là, pouvoir faire procéder à une estimation afin d'asseoir l'impôt sur la valeur réelle des biens. Mais, une fois que l'acquéreur primitif a été dépossédé par l'adjudication sur surenchère, la vente volontaire ne peut plus servir de base à aucune action en expertise en faveur de la régie, et le droit en sus pour l'insuffisance constatée par les experts, ne saurait être réclamé à l'acquéreur. [1]

1. Cass., 15 mars et 29 août 1854. S., 1854, 1, 358.

CHAPITRE TROISIÈME

DE LA SURENCHÈRE APRÈS FAILLITE

Les articles 564 et 565 du Code de commerce de 1807 étaient ainsi conçus :

« *Article 564 :* Les syndics de l'union, sous « l'autorisation du commissaire, procéderont à la « vente des immeubles suivant les formes pres- « crites par le Code civil pour la vente des biens « de mineurs. — *Article 565 :* Pendant huitaine « après l'adjudication, *tout créancier* aura droit de « surenchérir. La surenchère ne pourra être au- « dessous du dixième du prix principal de l'adju- « dication. » La loi sur les faillites du 28 mai 1838 a remplacé l'ancien article 565 par le nouvel article 573, qui s'exprime dans les termes suivants : « La surenchère devra être faite dans la quinzaine ; « elle ne pourra être au-dessous du dixième du « prix principal de l'adjudication ; elle sera faite au « greffe du Tribunal civil et suivant les formes « prescrites par les articles 710 et 711 (aujourd'hui

« 708 et 709) du Code de procédure civile. *Toute* « *personne* sera admise à surenchérir. Toute per- « sonne sera également admise à concourir à « l'adjudication par suite de surenchère. Cette « adjudication demeurera définitive et ne pourra « être suivie d'aucune autre surenchère. »

Ainsi, depuis la loi de 1838, les ventes d'immeubles dépendant de faillites, sont susceptibles de surenchère de la part de toute personne. La qualité de créancier n'est plus exigée du surenchérisseur comme sous l'empire du Code de commerce de 1807. Il y a analogie sur ce point avec la surenchère après adjudication judiciaire. Mais le taux est du *dixième*. Lors de la discussion de la loi du 2 juin 1841, il avait été question de porter ce taux au sixième, afin qu'il y eût uniformité entre toutes les surenchères autres que la surenchère poursuivie par les créanciers inscrits. La question a été écartée : on a donné ce mauvais prétexte que la loi sur les faillites n'existant alors que depuis trois ans, il importait de ne pas sacrifier la stabilité de la législation à une harmonie qui n'était pas rigoureusement indispensable.

Nous n'avons pas à revenir sur les conditions de capacité requises pour surenchérir après faillite. Qu'il nous suffise de renvoyer à ce que nous avons déjà dit sur ce sujet à propos de la surenchère en général, et faisons remarquer que les mots *toute personne* du nouvel article 573 ne peuvent s'entendre que de personnes qui ne se trouvent dans aucun des cas d'exception prévus par la loi.

On s'est demandé si le failli, malgré sa déchéance, était exclu du droit de surenchérir. Le failli, dit-on, n'est pas frappé d'une incapacité absolue, il n'est privé que de l'administration de ses biens. Il peut encore travailler et par conséquent *acquérir*. Pourquoi n'aurait-il pas le pouvoir de surenchérir ?[1] Nous ne saurions adopter cette opinion. Le failli est sans doute capable d'acquérir de nouveaux biens; mais, par la surenchère et l'adjudication qui en serait la suite, il *n'acquerrait*, dans l'espèce, que des biens qui sont déjà siens. De même qu'un saisi, il ne peut enchérir ni requérir une surenchère. Ce que nous venons de dire ne fait pas obstacle à ce qu'il se porte surenchérisseur à la suite de l'adjudication des biens de ses débiteurs. Ici, en effet, le principe qui lui permet d'acquérir de nouveaux biens produit toutes ses conséquences; les biens de ses débiteurs ne sont point les siens et il n'est pas le saisi dans la poursuite en expropriation.

La surenchère après faillite étant toute spéciale, n'est autorisée, croyons-nous, que pour le cas de vente des biens du failli faite à la poursuite des syndics. Aussi ne nous semble-t-elle pas possible lorsqu'un failli étant co-propriétaire indivis d'un immeuble, il est procédé à la vente sur licitation de cet immeuble. Qu'un des co-licitants soit en faillite, peu importe : ce n'est pas à proprement parler, une vente dont la nécessité est imposée par la déclara-

1. Toulouse, 2 août 1827. Dalloz. V° Surenchère, n° 68.

tion de faillite, et l'article 573 ne doit pas recevoir son application dans une telle espèce. Cette vente est, en effet, prononcée sans observation des formalités prescrites par le Code de commerce pour la vente forcée des immeubles du failli. [1]

Le Code de 1807 n'indiquait pas dans quelle forme devait se faire la surenchère. Fallait-il suivre les règles de la surenchère sur saisie ou la procédure de la surenchère sur aliénation volontaire? En raison de la division des auteurs et de la jurisprudence sur ce point important, la loi de 1838, pour faire cesser toutes les controverses, a pris soin d'édicter que la surenchère après faillite devait se faire comme après une expropriation forcée. En résumé la surenchère après faillite et la surenchère après saisie ne diffèrent plus aujourd'hui que par leur quotité et par le délai accordé pour la déclaration de surenchère.

Il est une question que la nouvelle législation sur les faillites n'a pas tranchée, c'est celle de savoir si l'adjudication des immeubles d'un failli non suivie de surenchère dans la quinzaine, a pour effet de purger ces immeubles de tous privilèges et hypothèques. En un mot les créanciers hypothécaires du failli conservent-ils, même après le délai accordé à toute personne pour surenchérir, un droit spécial de surenchère mettant le nouveau propriétaire dans l'obligation de remplir à leur égard les formalités de l'article 2183, c'est-à dire de leur noti-

1. Cass., 24 février 1869. D. P., 1869, 1, 451.

fier l'adjudication? Avant la loi de 1838, on décidait que les deux surenchères de l'article 573 du Code de commerce et de l'article 2185 du Code civil pouvaient être exercées successivement par les personnes y ayant respectivement droit. Assurément, aujourd'hui, on ne saurait persister dans une pareille prétention, puisque l'article 573 dispose que la surenchère après faillite ne peut être suivie d'aucune autre surenchère : en quoi elle ne diffère pas de la surenchère après saisie. Mais, sous la législation actuelle, est-il permis de soutenir que quinze jours après la vente, même à défaut de surenchère, l'immeuble vendu est soustrait au droit de suite des créanciers hypothécaires qui n'ont plus dès lors qu'un droit de préférence sur le prix ?

La doctrine de l'affirmative présente l'argumentation que voici : par son article 565, dit-on, l'ancien Code de commerce a dérogé aux dispositions de l'article 2185 du Code civil, il a étendu à *tout créancier* le droit de surenchérir du dixième (permis aux seuls créanciers *inscrits* aux termes de l'article 2185) et a limité l'exercice de ce droit à un délai fort bref, afin de satisfaire au besoin de célérité toujours impérieux en matière de commerce. L'article 565, en ne permettant de surenchérir à *tout créancier* que dans la huitaine de l'adjudication, a nécessairement compris sous la généralité de ces expressions, les créanciers inscrits aussi bien que les chirographaires. Si le législateur eût entendu réserver aux premiers un droit spécial de surenchère après l'expiration de ce délai, il

n'eût pas manqué de s'en expliquer ; l'article 565 a donc constitué un droit nouveau qui a interdit aux créanciers inscrits de se prévaloir de l'article 2185. Le nouvel article 573, en consacrant au profit de *toute personne* le droit de surenchérir qui n'appartenait qu'aux seuls créanciers du failli, n'a pu changer par cela seul la position des créanciers inscrits ni leur conférer un droit ultérieur de surenchère qui leur était implicitement refusé par l'ancien article 565. Les créanciers inscrits ne peuvent pas alléguer leur ignorance de la vente. La faillite reçoit une très grande publicité, notamment par l'insertion dans les journaux : les créanciers hypothécaires sont avertis et mis suffisamment en demeure de veiller à leurs intérêts. Ils ne peuvent se plaindre de n'avoir pas été conviés, par des notifications individuelles, à surenchérir. D'ailleurs, les créanciers, même hypothécaires, sont représentés par les syndics : on ne peut pas dire qu'ils sont étrangers à la vente ; ils ont assisté, par leur intermédiaire, à toute la procédure ; ils ne peuvent donc contester le prix produit par l'adjudication.[1]

Dalloz, qui professe en principe l'opinion que nous venons d'exposer, fait, toutefois, remarquer que les créanciers inscrits qui n'auraient pas été appelés aux opérations de la faillite conserveraient

1. Dalloz. V° Privilèg. et hypoth., n° 2042. — Boistel. Dr. comm., p. 794. – Orléans, 20 mars 1850. D. P., 1850, 2, 69. Cass., 3 août 1864. D. P., 1864, 1, 330 — 13 août 1867. D. P., 1867, 1, 375 — 24 février 1869. D. P., 1869, 1, 451.

le droit de surenchérir dans les termes de l'article 2185, car, à leur égard, les immeubles du failli ne seraient pas purgés.

D'après M. Labbé,[1] l'adjudication emporterait virtuellement la purge des hypothèques de tous les créanciers du failli, qu'ils aient ou non concouru aux opérations de la faillite : seulement elle ne purgerait pas celles du chef des précédents propriétaires.

Nous repoussons ces trois systèmes. La vente des immeubles d'une faillite n'a pas pour effet d'en opérer la purge *ipso facto*. L'article 717 du Code de procédure qui décide que le jugement d'adjudication sur saisie-immobilière, dûment transcrit, purge toutes les hypothèques et que les créanciers n'ont plus d'action que sur le prix, est une disposition spéciale qui n'a point été renouvelée pour régler les effets d'autres jugements d'adjudication. Cette disposition s'explique par ce motif que les créanciers hypothécaires inscrits sur les biens saisis sont appelés à être parties dans l'instance qui doit aboutir à la réalisation du prix des immeubles affectés à la garantie de leurs créances. Mais en dehors de l'exception admise pour la saisie immobilière, laquelle, comme toute exception, doit être strictement appliquée, les autres modes d'aliénation, quelle qu'en soit la publicité, ventes sur licitation, ventes de biens de faillis, ventes sur conversion de saisie-immobilière, ventes de biens de mineurs,

1. Labbé. Revue critique, 1861, XIX, p. 301 et suiv.

etc., ne dispensent pas l'adjudicataire de remplir, au regard des créanciers inscrits, les formalités de purge, s'il veut se mettre à l'abri des poursuites que leur qualité leur donne le droit de diriger contre lui, ni ne privent ceux-ci de la faculté de surenchérir. Cette volonté de la loi se manifeste encore plus impérative dans l'article 772 du Code de procédure : « Dans tous les cas, dit cet article, l'ordre n'est ouvert qu'après l'accomplissement des formalités prescrites pour la purge des hypothèques. » La notoriété seule de la faillite est insuffisante, pour justifier l'extension de l'exception aux jugements d'adjudication provoqués par les syndics. Au surplus, l'article 572 porte que ces derniers seront tenus de procéder à la vente des immeubles du failli suivant les formes prescrites *pour la vente des biens de mineurs*. Il renvoie donc à l'article 964 du Code de procédure, lequel ne vise pas l'article 717 que l'on voudrait appliquer par analogie à la matière. Sans doute, l'article 573 du Code de commerce dispose expressément que, dans le délai de quinzaine, toute personne peut faire une surenchère du dixième et qu'après une dernière adjudication il ne sera fait aucune autre surenchère. Cette disposition n'est que l'application de la règle « *Surenchère sur surenchère ne vaut.* » « N'est-ce « pas reconnaître implicitement, en principe, la « possibilité d'une autre surenchère, disent MM. « Aubry et Rau, laquelle, défendue pour le cas « seulement où la surenchère ouverte par l'article « précité a de fait été exercée, se trouve par cela

« même virtuellement permise dans l'hypothèse « contraire ? » Il faut considérer comme épuisé pour tout créancier le droit de surenchère, par cela seul qu'il a été exercé même par un étranger, réputé à juste titre comme ayant agi dans l'intérêt de tous ceux qui ont à prétendre au prix des immeubles surenchéris. Mais, il ne saurait en être ainsi quand il n'a été fait aucune surenchère dans le délai de l'article 573 : le droit de surenchère, ouvert aux créanciers inscrits par l'article 2185 est resté intact entre leurs mains, aussi bien que l'hypothèque elle-même dont la purge n'a pas été opérée par le seul fait de l'adjudication. Enfin, il est inexact de dire que les créanciers privilégiés ou hypothécaires sont représentés par les syndics. Ceux-ci représentent la masse des créanciers, et les créanciers qui ont des sûretés réelles ou des intérêts opposés à cette masse ne peuvent être représentés par eux.[1]

La jurisprudence de la Cour de cassation a singulièrement varié sur la question depuis dix ans. Pour comprendre ses variations il faut rappeler qu'on a longtemps contesté aux syndics le droit de poursuivre la vente des immeubles du failli avant l'union. Toute controverse a cessé sur ce point et l'on admet maintenant que les syndics ont la faculté de procéder à la réalisation de l'actif immobilier, avant la formation du contrat d'union, pourvu

1. Aubry et Rau, III, p. 501. — Besançon, 15 mars 1880. D. P., 181, 2, 55. — Douai, 4 août 1869. D. P., 1860, 2, 85 — 18 août 1865. D. P., 1866, 2, 38.

qu'ils agissent avec le consentement du failli et l'autorisation de la justice. Ce droit leur a été formellement reconnu par un arrêt de la Chambre des requêtes du 13 janvier 1869.[1] Or, la Cour de cassation, qui a toujours jugé que la vente des biens des faillis purgeait virtuellement les privilèges et hypothèques, a été saisie de la question de savoir si une distinction devait être faite entre les adjudications poursuivies par les syndics avant le contrat d'union et les adjudications faites après la formation de ce contrat. Dans un arrêt du 17 juin 1878,[2] elle a décidé que cette distinction ne devait pas être admise, et que les dispositions de l'article 573 s'appliquaient dans le sens de la doctrine que nous réprouvons, même aux aliénations réalisées avant l'union, avec le concours du failli. « Si une vente « d'immeubles après faillite a été opérée avec le « concours du failli et avant l'époque de l'union, « dit-elle, son caractère dominant reste toujours « celui d'une vente d'immeubles dépendant d'une « faillite, accomplie conformément à l'article 572 « du Code de commerce. Par suite, une telle vente « est soumise à la surenchère spécialement orga- « nisée pour l'adjudication des immeubles du « failli, par l'article 573. »

La Cour de cassation est complètement revenue sur cette opinion dans un autre arrêt du 6 juillet 1881.[3] « La surenchère organisée par l'article 573

1. Req., 13 janv. 1869. D. P., 1871, 5, 191.
2. Cass., 17 juin 1878. D. P., 1879, 1, 34.
3. Cass., 6 juillet 1881. D. P., 1882, 1, 449.

« du Code de commerce, a-t-elle jugé, est spéciale « aux ventes faites par le syndic des immeubles du « failli, alors que les créanciers sont en état « d'union. Telle n'est pas l'adjudication du 6 octo- « bre 1878, qui a eu lieu au cours des premières « opérations de la faillite, et qui a été suivie d'un « concordat entre le failli et ses créanciers. D'où « il suit que cette adjudication tombe sous l'empire « de l'article 2185 du Code civil et non sous celui « de l'article 573 du Code de commerce. »

Un jugement du tribunal de Nantes[1] a jugé dans le même sens que l'adjudication des immeubles d'un failli, après concordat par abandon d'actif, n'a pas pour effet de purger. Dans l'union, enseigne le tribunal, on se trouve en présence d'une faillite existant, d'un failli contre les biens duquel les créanciers reprennent tous leurs droits, tandis qu'après le concordat par abandon, tel qu'il est organisé par la loi du 17 juillet 1856, la faillite a pris fin, le failli est libéré, aucune poursuite de la part des créanciers non payés ne peut venir atteindre, non-seulement les biens à venir, mais même les biens non compris dans l'abandon offert et accepté. L'union est, comme la faillite, un *état* qui s'impose à tous ; l'abandon, au contraire, procède d'un contrat. Il y a plus : le contrat et l'abandon qui en est la suite est imposé par la masse chirographaire seule, à laquelle les créanciers hypothécaires ne peuvent pas se joindre sans per-

1. Trib. Nantes, 21 août 1884. D. P., 1886, 3, 96.

dre immédiatement le bénéfice de leur hypothèque.

Le tribunal compétent pour connaître de la surenchère est le tribunal civil qui a ordonné la première adjudication. Certains auteurs estiment que la vente ne peut être ordonnée que par le tribunal de la situation des biens. Ils refusent la compétence au tribunal du lieu où la faillite a été déclarée. D'autre part, plusieurs arrêts, tout en admettant que le tribunal compétent pour ordonner la vente est le tribunal civil du domicile du failli (art. 59, § 5, du Code de procédure), décident que le fait par ce tribunal de renvoyer l'adjudication devant le notaire de la localité où les biens sont situés, le dessaisit de la surenchère ou folle-enchère à venir, en un mot de tout ce qu'il peut être nécessaire de faire pour consommer la vente. [1]

Selon nous, le tribunal civil compétent pour ordonner la vente est celui qui doit être chargé de la distribution du prix entre les créanciers inscrits. Or, c'est devant le tribunal du lieu où la faillite a été prononcée que l'ordre doit être ouvert, par ce motif que cette faillite ne se réduit pas à des poursuites partielles, mais comprend l'universalité des biens du failli. [2] Nous n'admettons pas la distinction proposée. Quand un tribunal commet un notaire pour procéder à une vente, celui-ci n'est que le délégué du tribunal, lequel conserve sa

1. Aix, 10 février 1876. D. P., 1878, 5, 435. — Trib. Caen, 11 juin 1868. D. P., 1871, 3, 56.

2. Cass., 30 juin 1824. Dalloz. V° Compét., civ., n° 144.

compétence malgré cette délégation, faite seulement pour faciliter les enchères. Nous conclurons donc que c'est devant le tribunal du domicile du failli que doit toujours être poursuivie la surenchère.

CHAPITRE QUATRIÈME

DE LA SURENCHÈRE APRÈS ALIÉNATION VOLONTAIRE DES BATIMENTS DE MER

On sait que l'hypothèque des navires de vingt tonneaux et au-dessus a été créée par la loi du 10 décembre 1874, sur les bases d'un projet de révision du Code de commerce élaboré en 1867, pour fournir à notre marine marchande un nouvel élément de crédit. Le texte de la loi de 1874 a été complétement refondu par la nouvelle loi du 10 juillet 1885, mais les dispositions relatives à la purge et à la surenchère n'ont pas subi de modifications.

L'acquéreur d'un navire ou d'une portion de navire hypothéqué, qui veut se garantir des poursuites des créanciers hypothécaires, est tenu avant la poursuite ou dans le délai de quinzaine, de notifier à tous les créanciers inscrits sur le registre du port d'immatricule, au domicile élu dans leurs inscriptions : 1° un extrait de son titre indiquant

seulement la date et la nature de l'acte,. le nom du vendeur, le nom, l'espèce et le tonnage du navire, et les charges faisant partie du prix ; 2° un tableau sur trois colonnes indiquant : la première, la date des inscriptions ; la seconde, le nom des créanciers ; la troisième, le montant des créances inscrites. L'acquéreur doit déclarer par le même acte qu'il est prêt à acquitter sur le champ les dettes hypothécaires jusqu'à concurrence de son prix, sans distinction des dettes exigibles ou non exigibles (articles 18 et 19 de la loi de 1885). Ces deux articles correspondent aux articles 2183 et 2184 du Code civil. Dans les dix jours de cette notification qui doit contenir constitution d'avoué, tout créancier inscrit peut requérir la mise aux enchères en offrant de porter le prix à un dixième en sus et de donner caution pour le paiement du prix et des charges (article 20). En 1874, M. Rameau proposa un amendement ayant pour objet de dispenser le surenchérisseur d'un cautionnement qui, disait-il, a toujours été un obstacle à l'exercice de la surenchère. Mais cet amendement a été repoussé.[1] La solvabilité de la caution à fournir est appréciée comme en matière commerciale ; il n'est pas nécessaire qu'elle possède des propriétés foncières. La réquisition de mise aux enchères doit porter assignation devant le tribunal civil du lieu où se trouve le navire, ou, s'il est en cours de voyage, du lieu où il est immatriculé, pour voir ordonner qu'il

1. D. P., 1875, 4, 71.

sera procédé aux enchères requises (article 21). La Chambre des députés, malgré un amendement de M. Bisseuil, avait soumis la procédure à la juridiction commerciale par dérogation à la loi de 1874; mais le Sénat a maintenu la compétence du tribunal civil : « Il est bon de remarquer, disait le rapport « de M. Barne au Sénat, que si les membres des « tribunaux consulaires apportent toujours dans « l'administration de la justice une connaissance « pratique et salutaire des usages commerciaux, « ces magistrats ne sont pas tenus de connaître « toutes les lois spéciales; la procédure et les « difficultés qu'elle engendre échappent à la con- « naissance de beaucoup d'entre eux. Il en est « ainsi particulièrement pour les tribunaux de « commerce des petites localités. Enfin la vente « des navires hypothéqués devant avoir lieu le plus « souvent, à la suite de condamnations prononcées « par les tribunaux de commerce, leur compétence, « à cet égard, constituerait une flagrante violation « de la défense qui leur est faite par l'article 442 du « Code de procédure, de connaître de l'exécution « de leurs jugements. »

La vente aux enchères a lieu à la diligence soit du créancier, soit de l'acquéreur, suivant les formalités prescrites par la loi pour les ventes sur saisie (article 22).

Il n'entre pas dans notre sujet de parler de ces formalités. Nous voulons seulement examiner une question qui n'a été tranchée expressément ni par la loi de 1874, ni par la loi de 1885. L'article 24 de

seulement la date et la nature de l'acte,. le nom du vendeur, le nom, l'espèce et le tonnage du navire, et les charges faisant partie du prix ; 2° un tableau sur trois colonnes indiquant : la première, la date des inscriptions ; la seconde, le nom des créanciers ; la troisième, le montant des créances inscrites. L'acquéreur doit déclarer par le même acte qu'il est prêt à acquitter sur le champ les dettes hypothécaires jusqu'à concurrence de son prix, sans distinction des dettes exigibles ou non exigibles (articles 18 et 19 de la loi de 1885). Ces deux articles correspondent aux articles 2183 et 2184 du Code civil. Dans les dix jours de cette notification qui doit contenir constitution d'avoué, tout créancier inscrit peut requérir la mise aux enchères en offrant de porter le prix à un dixième en sus et de donner caution pour le paiement du prix et des charges (article 20). En 1874, M. Rameau proposa un amendement ayant pour objet de dispenser le surenchérisseur d'un cautionnement qui, disait-il, a toujours été un obstacle à l'exercice de la surenchère. Mais cet amendement a été repoussé.[1] La solvabilité de la caution à fournir est appréciée comme en matière commerciale ; il n'est pas nécessaire qu'elle possède des propriétés foncières. La réquisition de mise aux enchères doit porter assignation devant le tribunal civil du lieu où se trouve le navire, ou, s'il est en cours de voyage, du lieu où il est immatriculé, pour voir ordonner qu'il

1. D. P., 1875, 4, 71.

sera procédé aux enchères requises (article 21). La Chambre des députés, malgré un amendement de M. Bisseuil, avait soumis la procédure à la juridiction commerciale par dérogation à la loi de 1874; mais le Sénat a maintenu la compétence du tribunal civil : « Il est bon de remarquer, disait le rapport « de M. Barne au Sénat, que si les membres des « tribunaux consulaires apportent toujours dans « l'administration de la justice une connaissance « pratique et salutaire des usages commerciaux, « ces magistrats ne sont pas tenus de connaître « toutes les lois spéciales; la procédure et les « difficultés qu'elle engendre échappent à la con- « naissance de beaucoup d'entre eux. Il en est « ainsi particulièrement pour les tribunaux de « commerce des petites localités. Enfin la vente « des navires hypothéqués devant avoir lieu le plus « souvent, à la suite de condamnations prononcées « par les tribunaux de commerce, leur compétence, « à cet égard, constituerait une flagrante violation « de la défense qui leur est faite par l'article 442 du « Code de procédure, de connaître de l'exécution « de leurs jugements. »

La vente aux enchères a lieu à la diligence soit du créancier, soit de l'acquéreur, suivant les formalités prescrites par la loi pour les ventes sur saisie (article 22).

Il n'entre pas dans notre sujet de parler de ces formalités. Nous voulons seulement examiner une question qui n'a été tranchée expressément ni par la loi de 1874, ni par la loi de 1885. L'article 24 de

la première et l'article 29 de la seconde de ces lois disposent que la surenchère n'est pas admise en cas de ventes judiciaires. Le projet de 1867 contenait une exception semblable. Que faut-il entendre par ces mots *ventes judiciaires ?* Suivant un premier système on ne peut faire rentrer dans cette catégorie d'adjudications que les ventes sur saisie.[1] Dans un second système, l'expression *ventes judiciaires* comprend toutes les ventes qui ont lieu en justice.[2]

Les partisans du premier système raisonnent ainsi : L'article 193 du Code de commerce dit que les privilèges sur les navires sont éteints par la vente en justice faite dans les formes établies par le titre II du livre II de ce Code. D'où cette conséquence que le droit des créanciers n'est pas purgé par la vente aux enchères ordonnée par les tribunaux de commerce dans les cas que prévoit la loi du 3 juillet 1861 et confiée le plus souvent à des courtiers maritimes. Il n'y a donc que les ventes judiciaires qui peuvent purger les privilèges et le droit de suite. Or, si l'article 193 du Code de commerce n'attribue cet effet qu'aux ventes sur saisie, ces dernières seules doivent être considérées comme *ventes judiciaires* excluant la surenchère.

Nous préférons le second système qui donne la plus large extension aux textes que nous étudions.

1. Valroger, III, n° 1296.
2. Bédarride, n° 329 ; Laurin, I, p. 211 ; Desjardins, V, n° 1246.

La vente peut être ordonnée par jugement des tribunaux civils dans d'autres cas que celui de la saisie, par exemple, si le navire appartient à un mineur, s'il est indivis entre des co-héritiers ou s'il dépend d'une faillite. Nous ne voyons rien dans les lois précitées qui autorise la distinction proposée. Nous rencontrons, au contraire, dans les travaux préparatoires de la loi de 1874, la justification de l'opinion que nous préconisons. M. Sébert avait proposé un amendement[1] pour faire supprimer l'article 21 et rétablir le droit de surenchère sur le prix du navire vendu, quelle que fût la forme de la vente. A l'appui de son amendement, il avait fait remarquer, comme l'indique notre système, que, dans les *ventes judiciaires,* on devait comprendre toutes les ventes ordonnées par justice. L'Assemblée nationale, en repoussant l'amendement de M. Sébert, dont celui-ci avait fait comprendre toute la portée, a manifestement prouvé l'intention d'étendre, à toutes les *ventes judiciaires* sans exception, la prohibition de surenchérir. L'article 193 du Code de commerce n'est nullement inconciliable avec cette prohibition. Le droit de surenchérir sur les navires n'avait existé, avant 1874, à aucune époque de notre législation commerciale ; il était incompatible avec les principes admis en 1807. Ce n'est qu'à titre exceptionnel que ce droit a été reconnu aux créanciers inscrits par les lois de 1874 et de 1885 en matière de purge sur

1. Journal officiel du 11 décembre 1874.

aliénation volontaire. Il faudrait, pour que la surenchère fût admise en dehors de ce cas, que ces lois continssent des dispositions aussi spéciales et aussi formelles que celle qui a introduit l'innovation.

Les Cours d'appel n'ont pas encore été saisies de la controverse. Nous ne trouvons, sur cette question, qu'un jugement rendu le 24 février 1883 par le tribunal de Boulogne-sur-Mer,[1] lequel se prononce dans notre sens par les motifs que nous avons rappelés.

A la fin de notre étude sur la surenchère, nous avons à nous demander si cette institution a toute l'utilité que le législateur lui a reconnue. Quel est le but de la surenchère ? Nous l'avons vu : c'est d'empêcher les ventes à vil prix, en déjouant les collusions, en corrigeant les hasards de premières enchères insuffisamment disputées.

La surenchère du sixième ou après faillite met surtout en jeu l'intérêt du vendeur. Croit-on que cet intérêt sera mieux sauvegardé parce que l'immeuble à vendre pourra être l'objet de deux adjudications successives ? Certes, à l'époque de la confection de nos codes, même en 1841, la surenchère pouvait présenter de sérieux avantages : la publicité était alors restreinte, les journaux n'avaient que peu de lecteurs, l'affichage était dispendieux,

1. Journal des tribunaux de commerce, 1884, p. 375.

les communications étaient difficiles, la correspondance s'échangeait à grands frais. Mais, de nos jours où les chemins de fer, le télégraphe, une poste à bon marché, le développement sans cesse grandissant d'une presse à la portée de tous, où tout enfin concourt à faire savoir au public, ce qui se dit, se fait et se passe dans toute l'étendue du pays, est-il donc besoin de procéder à des adjudications à l'essai, pour faire atteindre à un immeuble un prix représentant exactement sa valeur? Le caractère provisoire de la première adjudication menacée de résolution ne vient-il pas tempérer l'ardeur d'enchérisseurs hésitants? La plupart du temps les surenchères sont requises par des personnes qui, loin d'ignorer la première adjudication, y assistent et suivent attentivement les feux. Elles se taisent par calcul : c'est la conspiration du silence. De peur de faire trop monter le prix de l'immeuble qu'elles convoitent, elles préfèrent compter sur une surenchère destinée à éliminer ultérieurement le premier adjudicataire ébranlé dans son intention de demeurer acquéreur par l'ennui de tenter encore une fois la concurrence. La surenchère supprimée, l'hésitation tombe, la spéculation disparaît, les enchérisseurs rivalisent, le prix s'élève, le vendeur est satisfait.

Que dire de la surenchère du dixième sur aliénation volontaire? Autant la surenchère du sixième est aisée à requérir, autant l'exercice de celle-là est soumise à des obligations nombreuses et difficiles à exécuter. Il semble que le législateur ait pris à

tâche de paralyser le droit des créanciers hypothécaires ou privilégiés en leur imposant des conditions rigoureuses. Du surenchérisseur du sixième, on n'exige aucune garantie de solvabilité ; le créancier inscrit, au contraire, doit fournir des sûretés : c'est une caution qu'on rencontre rarement en raison des justifications presque vexatoires qu'on réclame d'elle ; c'est un nantissement dont la réalisation subite est coûteuse, parfois impossible, pour quiconque n'a qu'une fortune foncière ou qu'une fortune mobilière uniquement composée de valeurs industrielles. Pourquoi de pareilles exigences ? Le surenchérisseur du dixième, par cela seul qu'il est créancier inscrit, ne doit-il pas être réputé plus solvable que le surenchérisseur du sixième ? Qui sait si ce dernier n'a pas surenchéri dans une pensée malveillante, pour déposséder l'adjudicataire primitif, sûr de pouvoir opposer à une poursuite de folle-enchère la force insurmontable que donne souvent l'insolvabilité ? A propos de la surenchère sur les navires, nous avons rappelé que M. Rameau, en 1874, à la tribune de l'Assemblée nationale, avait protesté, en défendant un amendement, contre l'obligation de fournir caution : instruit par son expérience d'ancien avoué, il savait qu'en effet les créanciers inscrits éprouvent toujours de la répugnance à se mettre en quête d'une caution ou à réaliser sur le champ un nantissement suffisant.

En admettant que la surenchère du dixième soit nécessaire, il faudrait donc tout au moins que la

loi ne se montrât pas plus dure pour les créanciers inscrits que pour le surenchérisseur du sixième.

Assurément il est indispensable que les créanciers inscrits soient avisés de l'aliénation faite de l'immeuble qui leur a été donné en gage. Mais ne serait-il pas plus simple que leur débiteur les informât de son dessein d'aliéner et les appelât à examiner les clauses du contrat projeté ? Il en va à peu près de la sorte quand l'aliénation a lieu par suite d'expropriation forcée : tous les créanciers hypothécaires et privilégiés sont sommés de prendre communication du cahier des charges et d'assister à l'adjudication.

Lorsque l'immeuble est libre, l'aliénateur doit avoir la faculté de donner à son contrat la forme que bon lui semble. Quand au contraire l'immeuble est grevé, nous souhaiterions qu'il ne pût être procédé à une vente que par voie d'adjudication publique et que tous les créanciers inscrits fussent conviés à enchérir. En cas d'échange, de dation en paiement ou de donation, ces mêmes créanciers devraient être mis en demeure de contre-signer les conventions du débiteur. On éviterait peut-être ainsi bien des fraudes et des dissimulations de prix et l'on n'aurait plus besoin d'avoir recours à la procédure si compliquée des notifications et de la surenchère du dixième.

PROPOSITIONS

DROIT ROMAIN

I. — Le *nexum* ne constituant pas un état légal de servitude, aucune *manumissio* n'était nécessaire pour rendre le *nexus sui juris* (page 5).

II. — En cas de *desertio vadimonii*, la *missio in possessionem* était cumulée avec l'action *ex stipulatu*, laquelle pouvait être exercée soit contre le défendeur lui-même, soit contre le fidéjusseur (page 21).

III. — Le débiteur de mauvaise foi n'était pas admis au bénéfice de la cession de biens (page 33).

IV. — La *missio in possessionem* demandée par un seul créancier profitait à tous (page 41).

V. — Le créancier conditionnel ou à terme, pouvait demander et obtenir la *missio in possessionem* lorsque le débiteur était décédé sans laisser aucun continuateur de sa personne juridique. Mais il devait être débouté de sa demande quand le débiteur se cachait *fraudationis causâ* (page 43).

VI. — La *missio in possessionem,* requise *ex causâ judicati,* ne pouvait être accordée que *cognitâ causâ.* Dans tout autre cas, le Préteur était libre de statuer *de plano* sur simple requête (page 49).

VII. — Le *curator* et le *magister* ne doivent pas être confondus dans la procédure de la *venditio bonorum.* Ce sont deux personnes distinctes ayant des attributions différentes (page 59).

VIII. — Le *pignus prætorium,* conséquence de la *missio in possessionem,* consacrait au profit des créanciers antérieurs à la *missio,* un véritable droit de préférence opposable aux créanciers postérieurs (page 63).

IX. — La personne qui était à la fois débitrice et créancière du *defraudator* restait tenue de sa dette entière et ne touchait sur sa créance que le dividende acquitté par le *bonorum emptor* (page 74).

X. — Après la *venditio bonorum,* le débiteur pouvait encore être poursuivi par ses créanciers *ex antè gesto* (page 79).

DROIT CIVIL

I. — Un co-licitant créancier hypothécaire peut requérir une surenchère du sixième sur l'immeuble licité, mais non une surenchère du dixième (page 114).

II. — Par suite de la surenchère du sixième, la première adjudication est effacée, non par la réqui-

sition de surenchère, mais par le jugement d'adjudication sur surenchère (page 124).

III. — Le créancier inscrit ne peut surenchérir du dixième avant la notification du contrat d'acquisition (page 164).

IV. — Le surenchérisseur du dixième peut présenter une caution justifiant de sa solvabilité personnelle par un nantissement suffisant (page 168).

V. — La solvabilité de la caution doit être appréciée seulement au moment du jugement qui statue sur la validité de la surenchère du dixième (page 170).

VI. — Quand le nantissement, exigé pour la validité de la surenchère du dixième, est fourni en rentes nominatives sur l'Etat, le dépôt des titres doit être accompagné d'un transfert d'ordre (page 172).

VII. — Le surenchérisseur, dont la surenchère est arguée de nullité par l'acquéreur surenchéri, est fondé à demander l'annulation de la notification du contrat d'acquisition (page 179).

VIII. — Les droits du tiers détenteur ne sont pas résolus par le jugement d'adjudication sur surenchère du dixième (page 194).

IX. — Le créancier surenchérisseur du dixième, qui ne devient adjudicataire qu'en mettant une enchère sur le prix fixé par sa surenchère, ne libère pas sa caution (page 201).

DROIT FISCAL

I. — Si le droit de mutation à percevoir sur un jugement d'adjudication sur surenchère du sixième est moindre que celui auquel avait donné ouverture la première adjudication, la différence doit être restituée par l'administration de l'enregistrement (page 137).

II. — Lorsqu'une adjudication comprend plusieurs lots dont le prix total a dépassé 2000 francs et qu'un des lots, frappé d'une surenchère du sixième, a été adjugé pour une somme inférieure à 2000 francs, cette seconde adjudication doit profiter de la restitution de droits prescrite par la loi du 23 octobre 1884 (page 139).

III. — Quand l'adjudication est prononcée au profit de l'acquéreur surenchéri du dixième, il n'est dû aucun droit de mutation sur la différence entre le prix du contrat originaire et le prix de l'adjudication (page 209).

PROCÉDURE CIVILE

I. — Une adjudication sur folle-enchère peut être suivie d'une surenchère du sixième, cette adjudication eût-elle eu lieu elle-même après une adjudication sur surenchère (page 107).

II. — Le jugement d'adjudication sur surenchère

du sixième doit être précédé d'un jugement statuant sur la validité de la surenchère requise (page 119).

DROIT COMMERCIAL

I. — Le failli ne peut pas surenchérir les biens dépendant de sa faillite, mais il peut surenchérir les biens de ses débiteurs (page 214).

II. — Le syndic a une capacité suffisante pour surenchérir, au nom de la masse des créanciers, les biens dépendant de la faillite et ceux qui appartiennent aux débiteurs du failli (page 112).

III. — L'adjudication d'un immeuble dépendant d'une faillite ne purge pas virtuellement les privilèges et hypothèques (page 215).

IV. — Dans les sociétés commerciales en commandite simple, les commanditaires sont exposés, pendant trente ans, à être poursuivis en répétition des dividendes fictifs qu'ils ont reçus même de bonne foi. La prescription court seulement du jour de la liquidation finale qui suit la dissolution de la société. L'article 10 de la loi du 24 juillet 1867, dont les dispositions, de ce chef, dérogent au droit commun, n'est applicable qu'aux sociétés en commandite par actions et aux sociétés anonymes.

V. — Par *dividendes* on doit entendre tout ce que reçoit le commanditaire ou l'actionnaire. Il ne convient pas de distinguer entre les intérêts, même

stipulés par les statuts de la société, et la part attribuée dans les bénéfices. Quand il y a lieu à répétition des dividendes, cette répétition doit donc s'étendre aux intérêts.

VI. — Les banquiers ne sont pas fondés à prélever un droit de commission sur le *report à nouveau* d'un compte courant.

DROIT ADMINISTRATIF

I. — La surenchère n'est pas admise après les adjudications administratives (page 108).

II. — La demande en délivrance d'un legs fait à un hospice ou à tout autre établissement public ne suffit pas pour faire courir les intérêts, si cette demande a été formée avant l'autorisation d'accepter la libéralité. — On ne saurait en effet étendre aux établissements publics, la faveur accordée aux communes par l'article 48 de la loi du 18 juillet 1837 et l'article 43 de la loi du 5 avril 1884, aux termes desquels le maire peut, en exécution d'une délibération du conseil municipal, accepter les dons et legs à titre de mesure conservatoire avant l'autorisation administrative.

DROIT PÉNAL

I. — Le port d'une arme n'est prohibé qu'autant que la fabrication et la vente sont elles-mêmes

prohibées. En conséquence, la loi du 14 août 1885, qui a rendu libres la fabrication et le commerce des armes de toutes espèces, non réglementaires en France, et des munitions non chargées employées pour ces armes, a eu pour conséquence nécessaire d'abroger implicitement toutes les dispositions pénales antérieures réprimant le délit de port d'armes prohibées, savoir : l'article 314 § 2 du Code pénal, l'article 1er § 2 de la loi du 24 mai 1834 et l'ordonnance du 23 février 1837.

II. — L'injure par paroles, gestes ou menaces, adressée, même publiquement, à un agent de l'autorité dans l'exercice ou à l'occasion de l'exercice de ses fonctions, constitue le délit d'*outrages* prévu et puni par les articles 222 et suivants du Code pénal. Un tel délit ne saurait tomber sous l'application des articles 23, 31 et 33 de la loi du 29 juillet 1881. Ces articles ne visent que les délits de l'écriture commis par la voie de la presse et les délits de la parole commis dans des réunions ou des assemblées publiques.

DROIT CONSTITUTIONNEL

I. — L'article 8 de la Constitution du 25 février 1875 n'a apporté aucune restriction au pouvoir constituant de l'Assemblée nationale. Le Congrès, dès lors, bien que saisi d'un projet de révision partielle, n'est pas lié par l'ordre du jour préalablement voté dans chacune des deux Chambres : il

est libre de se prononcer pour la révision limitée ou illimitée de la Constitution.

II. — Le système du *vote accumulé* paraît être le plus propre à assurer la représentation des minorités dans les assemblées.

HISTOIRE DU DROIT

I. — Dans le dernier état du droit coutumier, lorsque l'enfant, qui était en continuation de communauté avec son père ou sa mère, mourait sans qu'il y eût d'autres enfants survivants, son droit de continuation était transmis, soit à ses héritiers, soit à ses légataires universels. Quand il laissait, au contraire, des frères et sœurs, ce droit cessait d'être transmissible par application de l'article 243 de la coutume de Paris.

DROIT MARITIME

I. — La surenchère, autorisée par les lois du 10 décembre 1874 et du 10 juillet 1885, n'est pas admise après les ventes en justice des bâtiments de mer de vingt tonneaux et au-dessus, quelle que soit la cause de l'adjudication (page 228).

TABLE DES MATIÈRES

DROIT ROMAIN

DE LA VENDITIO BONORUM

Pages

CHAPITRE Ier. — Voies d'exécution en matière civile antérieures à la *venditio bonorum* 3

Section I. — Exécution sur la personne . . 4

§ I. Du *nexum* 4

§ II. De l'*addictio per manûs injectionem*. 6

Section II. — Exécution sur les biens . . . 12

§ I. De la *pignoris capio* 12

§ II. De la *sectio bonorum* 13

CHAPITRE IIe. — De la *missio in possessionem* . . . 14

Section I. — Des cas dans lesquels est prononcée la *missio* 18

§ I. De l'envoi en possession des biens des débiteurs vivants 20

A. *Qui fraudationis causâ latitant* . . 20

B. *Qui exulii causâ solum vertunt* . . 25

C. *Qui absentes non defenduntur* . . 26

D. *Qui ex lege Juliâ bonis cedunt* . . 31

E. *Qui judicati sunt* 36

§ II. De l'envoi en possession des biens des débiteurs décédés 38

Pages

Section II. — Qui peut demander la *missio* . 41
Section III. — Des formalités de la *missio* . 47
§ I. De la compétence. 47
§ II. De la procédure 49
Section IV. — Des biens compris dans la *missio* 50
Section V. — De l'administration des biens du débiteur 52
§ I. Administration par les créanciers . 54
§ II. Administration par un curateur. . 57
Section VI. — Des effets de la *missio* . . . 60
§ I. A l'égard du débiteur 60
§ II. A l'égard des créanciers 62
CHAPITRE III°. — De la *venditio bonorum* 65
Section I. — Procédure de la *venditio*. . . 66
Section II. — Des effets de la *venditio*. . . 69
§ I. A l'égard du *bonorum emptor*. . . 69
§ II. A l'égard du débiteur 77
Section III. — De l'action paulienne considérée dans ses rapports avec la *venditio* 80
Section IV. — Disparition de la *venditio* . . 84
§ I. Du *pignus ex causâ judicati captum*. 84
§ II. De la *distractio bonorum* 88
Conclusion 90

DROIT FRANÇAIS

DE LA SURENCHÈRE

De la surenchère en général 94
CHAPITRE I^er^. — De la surenchère du sixième après adjudication judiciaire. . . . 97

Pages

Section I. — Des ventes susceptibles de surenchère du sixième. . . 100
§ I. Des adjudications judiciaires forcées ou volontaires 100
§ II. Des adjudications sur folle-enchère. 102
§ III. Des adjudications administratives. 108
§ IV. Des adjudications après saisie de rentes constituées sur particuliers. 109
Section II. — Qui peut surenchérir du sixième. 110
Section III. — Ce que doit comprendre la surenchère du sixième. . . 115
Section IV. — Procédure de la surenchère du sixième. 116
Section V. — Des effets de la surenchère du sixième et des conséquences de l'adjudication. 122
§ I. L'adjudicataire sur surenchère est un étranger 124
§ II. L'adjudicataire sur surenchère est l'adjudicataire primitif 131
Section VI. — Frais et dépens. — Enregistrement 132
CHAPITRE II^e. — De la surenchère du dixième par les créanciers inscrits après aliénation volontaire. 142
Section I. — Des aliénations qui donnent lieu à la purge des hypothèques et par suite à la surenchère des créanciers inscrits. 145
Section II. — Des biens pouvant faire l'objet de la surenchère des créanciers inscrits 154
Section III. — Des créanciers qui peuvent surenchérir du dixième . . 157

Pages

Section IV. — Procédure de la surenchère des créanciers inscrits . . . 162
§ I. Du délai pour surenchérir. . . . 162
§ II. Forme de la réquisition sur surenchère 165
§ III. De la caution et du nantissement . 166
§ IV. Que doit comprendre le dixième en sus du prix 173
§ V. Des contestations de la surenchère 178
§ VI. De l'adjudication 181
Section V. — Des effets du jugement d'adjudication sur surenchère du dixième. 186
§ I. L'adjudicataire sur surenchère est le surenchérisseur ou une personne autre que l'acquéreur surenchéri. 186
A. Premier système. — L'adjudication sur surenchère résout rétroactivement l'aliénation primitive . . . 189
B. Deuxième système. — L'adjudication sur surenchère laisse subsister l'aliénation primitive 191
C. Troisième système. — L'aliénation primitive est résolue au gré de l'acquéreur surenchéri. 192
D. Quatrième système. — Les droits de l'adjudicataire rétroagissent jusqu'au jour de l'aliénation primitive. 193
E. Discussion des divers systèmes. . 194
§ II. L'adjudication est prononcée au profit de l'acquéreur surenchéri . 204
Section VI. — Enregistrement 208
CHAPITRE III^e. — De la surenchère après faillite. . 212

Pages

CHAPITRE IVe. — De la surenchère après aliénation volontaire des bâtiments de mer. 227

Conclusion 230

PROPOSITIONS : Droit romain 235

Droit civil 236

Droit fiscal 238

Procédure civile 238

Droit commercial 239

Droit administratif 240

Droit pénal 240

Droit constitutionnel 241

Histoire du droit 242

Droit maritime 242

Vu par le Président :

(Signé) C. DE LA MÉNARDIÈRE.

Vu : le Doyen :

(Signé) LÉOPOLD THÉZARD.

VU ET PERMIS D'IMPRIMER,

Le Recteur :

(Signé) A.-ED. CHAIGNET.

ISSOUDUN. — IMPRIMERIE A. GAIGNAULT.

ISSOUDUN. — IMPRIMERIE A. GAIGNAULT.